

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

– Sektion Rechtswissenschaft –

Nr. 295

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professor Dr. Karl Friedrich Kreuzer

Universität Würzburg

## **Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes  
Saarbrücken, den 1. Juni 1993

## Inhaltsübersicht

1.	Einführung . . . . .	5
1.1	Mitgliedstaatsinterne Restrukturierung von Rechtsträgern . . . . .	5
1.2	Rechtsgrenzen überschreitende Restrukturierung von Rechtsträgern . . . . .	8
1.3	Arten der Rechtsgrenzen überschreitenden Restrukturierung von Rechtsträgern	8
1.3.1	Statut-Mobilität . . . . .	9
1.3.2	Form-Mobilität . . . . .	9
2.	Bestandsaufnahme de lege lata . . . . .	10
2.1	Grenzüberschreitende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger . . . . .	11
2.1.1	Horizontale Restrukturierung . . . . .	11
2.1.1.1	Mitgliedstaatliche Rechte . . . . .	11
2.1.1.2	Horizontale grenzüberschreitende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger kraft Gemeinschaftsrechts . . . . .	30
2.1.2	Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger mittels gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträgerformen . . . . .	37
2.1.2.1	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)	37
2.1.2.2	Societas Europaea (SE) . . . . .	38
2.1.2.3	Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft, Europäischer Verein . . . . .	39
2.2	Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger . . . . .	40
2.2.1	Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger . . . . .	40
2.2.1.1	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung . . . . .	40
2.2.1.2	Societas Europaea (SE) . . . . .	41
2.2.1.3	Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft, Europäischer Verein . . . . .	42
2.2.2	Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen . . . . .	42
2.3	Ergebnis der Bestandsaufnahme . . . . .	43
3.	Restrukturierungsbedürfnisse . . . . .	45
3.1	Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger	45
3.1.1	Horizontale Restrukturierung . . . . .	45
3.1.2	Restrukturierung mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen . . . . .	47
3.2	Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaften . . . . .	48
3.2.1	Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung . . . . .	48
3.2.2	Restrukturierung mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen . . . . .	48

3.3	Optimale Rechtsträger-Mobilität als Ziel . . . . .	49
4.	Wege zur Rechtsträger-Mobilität . . . . .	50
4.1	Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger . . . . .	50
4.1.1	Horizontale Restrukturierung . . . . .	50
4.1.1.1	Autonom-mitgliedstaatliche Lösungen? . . . . .	50
4.1.1.2	Gemeinschaftsweite Lösungsmöglichkeiten . . . . .	51
4.1.1.2.1	Kollisions- oder materiellrechtliche Lösungen? . . . . .	51
4.1.1.2.2	Kodifikation oder umwandlungsartspezifische Einzelregelung? . . . . .	60
4.1.1.2.3	Übereinkommen, Verordnung oder Richtlinie als Integrationsinstrument? . . . . .	60
4.1.2	Vertikale Restrukturierung mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen . . . . .	63
4.2	Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaften . . . . .	65
4.2.1	Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung . . . . .	65
4.2.2	Restrukturierung mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen . . . . .	67
5.	Zusammenfassung . . . . .	67
5.1	Rechtsträger-Mobilität . . . . .	67
5.2	Bestandsaufnahme . . . . .	68
5.3	Optimale Rechtsträger-Mobilität als Ziel . . . . .	70
5.4	Wege zur Rechtsträger-Mobilität . . . . .	70

## 1. EINFÜHRUNG<sup>1</sup>

Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt betrifft die Umwandlung im (weiten) Sinne von Restrukturierung (Reorganisation) in räumlicher und/oder struktureller Hinsicht in intra-gemeinschaftlich Rechtsgrenzen überschreitenden Fällen. Die Kernfrage lautet, inwieweit es den Gesellschaften derzeit möglich ist bzw. in Zukunft ermöglicht werden soll oder muß, ihre rechtliche Struktur den Erfordernissen des gemeinschaftsweiten Binnenmarkts anzupassen. Im Hinblick darauf, daß Umwandlungsvorgänge zwar regelmäßig Gesellschaften oder Unternehmensträger betreffen, aber nicht darauf beschränkt sind, sondern auch andere (bürgerlich- oder handels-) rechtliche Einheiten (z.B. eingetragene Vereine, Stiftungen) an solchen Restrukturierungsvorgängen beteiligt sind, verwende ich im folgenden die Begriffe Gesellschaft (als pars pro toto) und Rechtsträger gleichbedeutend.

### 1.1 Mitgliedstaatsinterne Restrukturierung von Rechtsträgern

Die mitgliedstaatlichen Rechte haben - entsprechend ihren jeweiligen wirtschaftlichen Bedürfnissen - eine Reihe von innerstaatlichen Restrukturierungsarten entwickelt, die es den Gesellschaften (Rechtsträgern) ermöglichen sollen, ihre rechtliche Struktur veränderten wirtschaftlichen Umständen anzupassen. In diesem Sinne hat der deutsche Gesetzgeber soeben im "Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts" das bislang unübersichtlich und lückenhaft geregelte Umwandlungsrecht in einer Kodifikation zusammengefaßt und die de lege lata bestehenden Lücken durch die Schaffung zahlreicher neuer Restrukturierungsmöglichkeiten geschlossen. Den Handelsgesellschaften wurden dabei alle Arten der Umwandlung untereinander eröffnet und für Unternehmensträger in anderen Rechtsformen zahlreiche neue Reorganisationsmöglichkeiten geschaffen. Bei den Umwandlungsmöglichkeiten handelt es sich - unter Außerachtlassung von Kombinationsformen - vor allem um folgende Erscheinungsformen (Restrukturierungsarten i.w.S.):<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Erweiterte und auf den neuesten Stand gebrachte Fassung eines am 1. Juni 1993 am Europa-Institut Saarbrücken gehaltenen Vortrages. Eine kürzere, z.T. durch geänderte Vorschläge der EG-Kommission überholte Fassung ist unter dem Titel "Grenzüberschreitende Restrukturierung von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt" in EuZW 1994, 73 erschienen.

<sup>2</sup> Vgl. § 1 UmwG-E (Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG): Art. 1 Umwandlungsgesetz (UmwG): BT-Drs. 12/6699 v. 1.2.1994). Im weiteren Sinn gehören auch die Regelungen von Übernahmeangeboten (cf. Geänderter Vorschlag für eine 13. Richtlinie ABl. EG 1990 Nr. C 240 v. 26.6.1990) und das Konzernrecht (cf. Entwurf einer 9. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie; Text: ZGR 1985, 444 ff.) zu den Instrumenten der Reorganisation. Diese Sondergebiete sollen jedoch hier außer Betracht bleiben.

- 1° Vermögensübertragung
- 2° Umgründung (Formwechsel)
- 3° Verschmelzung
- 4° Spaltung
- 5° Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensteilen

1° Vermögensübertragung

Die regelmäßig als Auffangtatbestand für Sonderfälle dienende Vermögensübertragung spielt im grenzüberschreitenden Verkehr keine größere Rolle und soll daher hier außer Betracht bleiben.<sup>3</sup>

2° Umgründung (Formwechsel)

Umgründung bzw. Umwandlung i.e.S. (Rechtsformwechsel) beinhaltet den freiwilligen Wechsel der Unternehmensträger- bzw. Gesellschafts-Rechtsform bei Aufrechterhaltung der rechtlichen Identität (Rechtsträgerschaft).<sup>4</sup>

3° Verschmelzung (Fusion)

Unter Verschmelzung oder Fusion ist gemeinschaftsrechtlich<sup>5</sup> der Vorgang zu verstehen, daß eine oder mehrere Gesellschaften sich auflösen, indem sie zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen ohne Abwicklung auf *eine* bereits bestehende Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) oder auf *eine* von ihnen neu gegründete Gesellschaft (Verschmelzung durch Neugründung) übertragen und als Gegenleistung Anteile am Gesellschaftskapital der anderen Gesellschaft oder neuen Gesellschaft an ihre eigenen Gesellschafter und gegebenenfalls eine bare Zuzahlung gewährt werden; unter die

---

<sup>3</sup> Die Vermögensübertragung kommt in Form der Voll- und Teilübertragung vor (§ 174 Abs. 1 bzw. 2 UmwG-E [Fn. 2]). Die Voll-Vermögensübertragung entspricht der Verschmelzung (s. § 176 UmwG-E [Fn. 2]), die Teil-Vermögensübertragung der Spaltung (s. § 177 UmwG-E [Fn. 2]). Der Unterschied gegenüber diesen Restrukturierungsformen besteht darin, daß die Gegenleistung für die Übertragung nicht in Anteilen an den übernehmenden oder neuen Rechtsträgern, sondern in einer Gegenleistung anderer Art, insbesondere also in einer Geldleistung, besteht. Vgl. § 174 UmwG-E (Fn. 2).

<sup>4</sup> Vgl. § 190 UmwG-E (Fn. 2).

<sup>5</sup> Vgl. die Definition in Art. 2 Buchstabe a) der Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (90/434/EWG) ABl. EG 1990 Nr. L 225/1 - im folgenden: Fusions-Steuerrichtlinie. Zur Umsetzung s.u. Fn. 148.

Fusion fällt ferner der Vorgang, durch den eine Gesellschaft zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf die Gesellschaft überträgt, die sämtliche Anteile an ihrem Gesellschaftskapital besitzt.

#### 4° Spaltung

Unter "Spaltung" von Gesellschaften, ist gemeinschaftsrechtlich<sup>6</sup> der Vorgang zu verstehen, durch den *eine* Gesellschaft sich auflöst, indem sie zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen ohne Abwicklung auf *zwei oder mehr* bereits bestehende oder neugegründete Gesellschaften überträgt und als Gegenleistung Anteile am Gesellschaftskapital der übernehmenden Gesellschaften und gegebenenfalls eine bare Zuzahlung, an ihre eigenen Gesellschafter gewährt werden. Diese gemeinschaftsrechtliche Definition entspricht in der Terminologie des neuen deutschen Umwandlungsgesetzes im wesentlichen der "Aufspaltung" zur Aufnahme bzw. zur Neugründung.<sup>7</sup> Neben dieser Art der Spaltung gibt es zwei weitere Spaltungstypen: die Abspaltung sowie die Ausgliederung bzw. Teileinbringung.

Die Abspaltung ist gemeinschaftsrechtlich bisher nicht definiert. Im deutschen Recht versteht man darunter den Vorgang, durch den ein Rechtsträger ohne seine Auflösung einen Teil (oder mehrere Teile) seines Vermögens jeweils als Gesamtheit auf einen anderen bereits bestehenden (oder mehrere andere bereits bestehende) Rechtsträger (Abspaltung zur Aufnahme) oder neu gegründete(n) Rechtsträger (Abspaltung zur Neugründung) überträgt und die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers als Gegenleistung Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger erhalten.<sup>8</sup>

#### 5° Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensteilen

Das Gemeinschaftsrecht definiert als "Einbringung von Unternehmensteilen" den Vorgang, durch den eine Gesellschaft - ohne Auflösung - ihren Betrieb insgesamt oder einen Teilbetrieb oder mehrere Teilbetriebe in eine andere Gesellschaft gegen Gewährung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden Gesellschaft (an die einbringende Gesellschaft)

---

<sup>6</sup> Vgl. die Definition in Art. 2 Buchstabe b) der Fusions-Steuerrichtlinie (letzte Fn.).

<sup>7</sup> Vgl. § 123 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 UmwG-E (Fn. 2). Die im UmwG allgemein eingeführte Spaltung hat Vorläufer in den §§ 4 bis 12 LandwirtschaftsanpassungsG i.d.F. der Änderung v. 3.7.1991 (BGBl. I 1410: Teilung von landw. Produktionsgenossenschaften) und im G über die Spaltung zur Neugründung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG) v. 5.4.1991 (BGBl. I 854: Aufspaltung).

<sup>8</sup> Vgl. § 123 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 UmwG-E (Fn. 2).

einbringt.<sup>9</sup> Soweit nicht der ganze Betrieb, sondern nur ein Teil eingebracht wird, es sich also um eine Teileinbringung handelt, spricht man insoweit im deutschen Recht von "Ausgliederung".

## 1.2 Rechtsgrenzen überschreitende Restrukturierung von Rechtsträgern

Alle eben erwähnten Restrukturierungsvorgänge können auch die Rechtsgrenzen überschreiten - sei es innerhalb der EG (intra-gemeinschaftlich), sei es über die EG-Grenzen hinaus (trans-gemeinschaftlich). Hinzu kommt die Sitzverlegung. Während die Sitzverlegung innerhalb eines Rechtsgebiets keinen rechtlichen Restrukturierungsvorgang darstellt, bedeutet jede Rechtsgrenzen überschreitende (im folgenden: grenzüberschreitende) Verlegung des Sitzes - soweit der Sitz Anknüpfungspunkt ist - zugleich einen Statutenwechsel: Die Gesellschaftsform des Gesellschaftsstatuts A wird durch eine - u.U. namensgleiche - Gesellschaftsform des Gesellschaftsstatuts B ersetzt. Jede derartige grenzüberschreitende Sitzverlegung hat somit - im Ergebnis - zwangsläufig eine Umgründung (Rechtsformwechsel) zur Folge, selbst wenn die Bezeichnung der Gesellschaftsart keine Änderung erfährt. Der grenzüberschreitende Formwechsel (Umgründung) der Gesellschaften (Rechtsträger) läuft auf einen "doppelten Statutenwechsel" hinaus: Wechsel der maßgebenden Rechtsordnung und Wechsel des Gesellschaftstyps, d.h. der anwendbaren gesellschaftstyp-spezifischen Vorschriften.

## 1.3 Arten der Rechtsgrenzen überschreitenden Restrukturierung von Rechtsträgern

Bei der intra-gemeinschaftlichen Gesellschaftsmobilität (Rechtsträgermobilität) kann man zwei Dimensionen unterscheiden:

- zum einen die Mobilität im Sinne des Wechsels der anwendbaren Rechtsordnung - ich bezeichne diese Dimension als Gesellschaftsstatut-Mobilität (Rechtsträgerstatut-Mobilität) oder kürzer: *Statut-Mobilität*;
- zum anderen die Mobilität im Sinne des Wechsels der Organisationsform (Gesellschaftsform, Rechtsträgerform); diese Dimension der Mobilität nenne ich Organisationsform-Mobilität (Gesellschaftsform- bzw. Rechtsträgerform-Mobilität) oder kürzer: *Form-Mobilität*.

---

<sup>9</sup> Vgl. die Definition in Art. 2 Buchstabe c) der Fusions-Steuerrichtlinie (Fn. 5).

### 1.3.1 Statut-Mobilität

Hinsichtlich der Statut-Mobilität unterscheide ich:

- die inter-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität
- die mitgliedstaatlich-gemeinschaftsrechtliche Statut-Mobilität und - umgekehrt -
- die gemeinschaftsrechtlich-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität.

Die inter-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität betrifft die Wanderung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen (inter-mitgliedstaatliche Wanderung): ich bezeichne diesen Falltyp auch als (grenzüberschreitende) horizontale Gesellschaftsrestrukturierung (Rechtsträgerrestrukturierung) oder *horizontale Statutmobilität*. Unter der mitgliedstaatlich-gemeinschaftsrechtlichen Statut-Mobilität verstehe ich den Fall, daß ein mitgliedstaatlicher Rechtsträger sein Mitgliedstaats-Statut aufgibt, um sich dem Gemeinschaftsrecht zu unterstellen. Die gemeinschaftsrechtlich-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität betrifft den umgekehrten Fall, daß eine gemeinschaftsrechtliche Gesellschaft das Gemeinschaftsrecht verläßt, um eine mitgliedstaatliche Gesellschaftsform anzunehmen: kurz gesagt, handelt es sich um *vertikale Statut-Mobilität aufsteigender oder absteigender Art*.

### 1.3.2 Form-Mobilität

Die (*Organisations-*) *Form-Mobilität* umfaßt die oben (1.1) erwähnten Umwandlungsarten sowie - im Falle der Überschreitung von Rechtsgrenzen - die anknüpfungsrelevante Sitzverlegung. Die Form-Mobilität ist bei der intra-mitgliedstaatlichen Restrukturierung, bei der horizontalen (inter-mitgliedstaatlichen) Statut-Mobilität sowie bei der aufsteigenden und absteigenden vertikalen Statut-Mobilität von Bedeutung. Ferner ist sie bei der Restrukturierung von gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften auf Gemeinschaftsrechtsebene von Belang.

Fallen beide Mobilitätsformen - Form-Mobilität und Statut-Mobilität - zusammen, ist also ein Formwechsel mit einem Statut-Wechsel verbunden, so bezeichne ich diese Mobilität als qualifizierte (horizontale/vertikale) Gesellschaftsmobilität (Rechtsträgermobilität); so z.B., wenn eine deutsche GmbH in eine französische Société anonyme umgegründet wird; hier wechselt die Gesellschaft nicht nur das Statut (französisches statt deutsches Recht), sondern zugleich auch die Gesellschaftsform (société anonyme statt GmbH).

Im folgenden möchte ich mich den grenzüberschreitenden intra-gemeinschaftlichen Re-



strukturierungsvorgängen von Gesellschaften (Rechtsträgern) im Sinne der eben beschriebenen Statut- und Form-Mobilität aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zuwenden. Außer Betracht bleiben dabei die *trans*-gemeinschaftlichen Restrukturierungen sowie die steuerrechtlichen<sup>10</sup> und mitbestimmungsrechtlichen Aspekte der intra-gemeinschaftlichen grenzüberschreitenden Unternehmensreorganisation. Die einschlägigen steuerrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften setzen ja die gesellschaftsrechtliche Regelung der Restrukturierungsvorgänge voraus.

## 2. BESTANDSAUFNAHME DE LEGE LATA

Die Europäisierung des Gesellschaftsrechts hat sich bekanntlich bisher im wesentlichen auf die Harmonisierung mitgliedstaatlicher Gesellschafts- und Restrukturierungsformen beschränkt. Es fehlt bislang sowohl an allgemeinen EG-rechtlichen Gesellschaftsformen als auch an einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung der grenzüberschreitenden intra-gemeinschaftlichen Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Rechtsträgern. Auch das autonome (nicht harmonisierte) Unternehmens-Restrukturierungsrecht der EG-Mitgliedstaaten regelt bis auf wenige Ausnahmen<sup>11</sup> nur rein interne Vorgänge, klammert also die grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgänge aus. Als Beispiel kann das beschlossene, aber noch nicht in Kraft getretene, neue deutsche Umwandlungsgesetz<sup>12</sup> genannt werden: § 1 dieser - mit 324 Paragraphen an sich Vollständigkeit anstrebenden - Kodifikation des Umwandlungsrechts beschränkt den persönlichen Anwendungsbereich ausdrücklich auf "Rechtsträger mit Sitz im Inland".<sup>13</sup> Dieser rechtliche Rahmen für die rechtliche Organisation von Gesellschaften entspricht nicht dem gemeinschaftsweiten Wirtschaftsraum.

---

<sup>10</sup> S. Fusions-Steuerrichtlinie (Fn. 5). Zur Umsetzung s. z.B. KNOBBE-KEUK, Die beiden Unternehmens-steuerrichtlinien, EuZW 1992, 337.

<sup>11</sup> S. dazu unten 2.1.1.1.2.1.2 (insbes. nach Fn. 99), 2.1.1.1.2.3.2.

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>13</sup> In der Begründung (zu Art. 1 § 1 [Fn. 2], S. 80) heißt es insoweit ausdrücklich, daß angesichts der Bemühungen der EG um eine Regelung grenzüberschreitender Vorgänge, insbesondere der internationalen Fusion, eine Regelung dieses Komplexes zurückgestellt wird. Überdies würde die Ausdehnung des Gesetzes auf grenzüberschreitende Fälle politisch wie rechtstechnisch erhebliche Probleme aufwerfen.

## 2.1 Grenzüberschreitende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger

### 2.1.1 Horizontale Restrukturierung

#### 2.1.1.1 Mitgliedstaatliche Rechte

##### 2.1.1.1.1 "Anerkennung"

Die "Anerkennung"<sup>14</sup> der rechtlichen Existenz (und Struktur) von Gesellschaften bzw. Rechtsträgern<sup>15</sup> betrifft nach unserem heutigen Verständnis die dem Gesellschaftsstatut unterliegende (Teil-) Frage nach der Existenz und Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft<sup>16</sup>, deren Bejahung nicht davon abhängt, ob die Konstituierung einer juristischen Person einen staatlichen Akt voraussetzt oder nicht.<sup>17</sup> Die Anerkennungsfrage gehört, streng genommen, nicht unmittelbar zu unserem Thema, weil die Anerkennung keinen grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgang darstellt. Die Frage ist in unserem Zusammenhang jedoch mittelbar von Bedeutung, wenn und soweit die Restrukturierungsvorgänge nämlich dem Gesellschaftsstatut unterliegen.

##### 2.1.1.1.1.1 Staatsverträge

Geltende multilaterale Staatsverträge zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts gibt es in Europa bisher nicht. Insbesondere sind weder die (Haager) Konvention über die Anerken-

---

<sup>14</sup> Der Ausdruck geht auf eine Rezeption romanisch-rechtlicher Vorstellungen zurück. Danach wurde die juristische Person als Fiktion angesehen, die nur in den Grenzen des Heimatstaates existierte und dementsprechend einer besonderen Anerkennung durch andere Staaten bedurfte. Zugleich lag darin die Abwehrmöglichkeit gegenüber nicht erwünschten fremden juristischen Personen (*ordre public*-Gedanke). Es liegt hier letztlich nicht anders als im Sachenrecht, in dem der Eigentumserwerb im Ausland auch nicht "anerkannt" wird, sondern sich schlicht nach dem anwendbaren Sachstatut bestimmt - selbst dann, wenn der Eigentumserwerb einen Hoheitsakt (Registereintragung) voraussetzt.

<sup>15</sup> Unter europarechtlichen Aspekten muß die Anerkennung alles umfassen, was zur Wahrnehmung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erforderlich ist: Rechts- und Geschäftsfähigkeit; aktive und passive Parteifähigkeit; Prozeßfähigkeit; vgl. Art. 1 Abs. 1 Haager Konvention v. 1.6.1956 über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine, Stiftungen (Text: *RabelsZ* 17 [1952] 269).

<sup>16</sup> Vgl. BEITZKE, Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, *ZHR* 127 (1965) 1, 10; zu Ausnahmen hinsichtlich der Vertretungsmacht s. z.B. BEITZKE, *ibid.* 10 f.; SCHNYDER, Europa und das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, *SZW* 1993, 9, 11 (für die Schweiz); SCHWIMANN, Grundzüge des internationalen Gesellschaftsrechtes, *GesRZ* 1981, 142, 144 (für Österreich).

<sup>17</sup> Vgl. das Prinzip der freien Körperschaftsbildung nach schweizerischem Recht.

nung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine, Stiftungen v. 1.6.1956<sup>18</sup> noch das (Brüsseler) EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen v. 29.2.1968<sup>19</sup> in Kraft getreten.<sup>20</sup> Die Staatsverträge folgen i.d.R. - *cum grano salis* - einer in dem Sinne abgeschwächten Inkorporationstheorie, daß Staaten, die der Real-Sitztheorie anhängen, das Realsitzrecht anwenden können, wenn der Rechtsträger keine effektiven Beziehungen zum Inkorporationsstaat aufweist.<sup>21</sup>

Die zahlreichen bilateralen Staatsverträge bestätigen regelmäßig die autonomen Regeln über die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. So knüpfen von Deutschland mit anderen EG-Mitgliedstaaten geschlossene Staatsverträge (Niederlande<sup>22</sup>, Frankreich<sup>23</sup>, Irland<sup>24</sup>, Italien<sup>25</sup>) nahezu ausnahmslos die Anerkennung daran, daß die Gesellschaften nach dem

---

18 Text: s. Fn. 15. Ratifiziert per 30.9.1993 durch: B, F, NL; unterzeichnet per 30.9.1993 durch: E, Lux.

19 BGBl. 1972 II 370 mit Zustimmungsg v. 18.5.1972 BGBl. 1972 II 369; s. dazu den Bericht z.B.: DROBNIG, Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, Die Aktiengesellschaft 1973, 90 ff.

20 Vgl. ferner:  
- (Europäisches) Niederlassungsübereinkommen v. 20.1.1966, European Treaty Series Nr. 57. Art. 1 § 1 geht vom Inkorporationsprinzip aus. Bisher ist die Konvention nur von Belgien ratifiziert worden.  
- Draft Convention on Conflicts of Law relating to Companies der International Law Association (Report of the 49th Conference held at Hamburg 1960, 1961, S. 93 - 95).  
- Entschließung des Institut de Droit International "Les sociétés anonymes en droit international privé" v. 10.9.1965, Annuaire 51 (1965) II 263 ff. (franz. Text); dt. Text: "Die Aktiengesellschaften im Internationalen Privatrecht" in: RabelsZ 31 (1967) 549 - 551.

21 Art. 1 i.V.m. Art. 2 (Haager) Konvention über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine, Stiftungen v. 1.6.1956 (Inkorporations- oder Gründungsrecht; Fn. 15);  
- Art. 1 i.V.m. Art. 3 und 4 (Brüsseler) EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen v. 29.2.1968 (Gründungsrecht; letzte Fn.); - Art. 2 ILA-Entwurf (Fn. 19): The (personal) law of the country where the company is incorporated. - Art. 1 i.V.m. Art. 3, 4 Entwurf des Institut de Droit International (letzte Fn.): Recht auf Grund dessen die Aktiengesellschaft gegründet worden ist.

22 Vertrag zwischen dem deutschen Reich und den Niederlanden über die gegenseitige Anerkennung der Aktiengesellschaften und anderer kommerzieller, industrieller oder finanzieller Gesellschaften v. 11.2.1907 RGBl. 1908, 65.

23 Art VI Abs. 1 deutsch-französischer Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag v. 27.10.1956 BGBl. 1957 II 1662.

24 Art. 13 Handels- und Schiffsverkehrsvertrag mit Irland v. 12.5.1930 RGBl. 1931 II, S. 116.

25 Art. 33 Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag mit Italien v. 21.11.1957 BGBl. 1959 II, S. 950.

Recht des Staates zu Recht bestehen, in dem sie ihren *Sitz* haben. In anderen Abkommen wird dagegen als Anerkennungsvoraussetzung gefordert, daß die Gesellschaft nach dem Recht des Vertragspartners *gegründet* worden ist.<sup>26</sup>

#### 2.1.1.1.2 Autonome mitgliedstaatliche Rechte

Nach dem autonomen Recht aller Mitgliedstaaten werden fremde Gesellschaften "anerkannt".<sup>27</sup> Nur zum Teil geschieht dies ausdrücklich von Gesetzes wegen: so nach belgischem<sup>28</sup>, luxemburgischem<sup>29</sup> und italienischem<sup>30</sup> Recht. Hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen die "Anerkennung" erfolgt, ist Europa hingegen zwischen der sog. Sitz(rechts)theorie und der Gründungs(rechts)theorie<sup>31</sup> zweigeteilt.<sup>32</sup>

Belgien<sup>33</sup>, Deutschland<sup>34</sup>, Frankreich<sup>35</sup>, Griechenland<sup>36</sup>, Luxemburg<sup>37</sup>, Österreich<sup>38</sup>,

- 26 Art. 15 Abs. 2 dt.-span. Niederlassungsvertrag v. 23.4.1970 BGBl. 1972 II 1042; Art. XXV Nr.5; Art 7 II Nr. 1 a) Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag mit den *Vereinigten Staaten* von Amerika v. 29.10.1954 BGBl. 1956 II 487; Art. 5 Niederlassungsabk. mit der *Türkei* v. 12.1.1927 RGBl. II, S. 76.
- 27 Vgl. GOLDMAN/LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, 4. Aufl., Paris 1984, Nrn. 73 ff.; vgl. schon ROHG 28.4.1877 ROHGE 22, 147.
- 28 Art. 196 Code de commerce.
- 29 Art. 158, 159 Gesetz v. 10.8.1915 concernant les sociétés commerciales.
- 30 Art. 16 Abs. 2 EinführungsG zum Codice Civile setzt voraus, daß ausländische juristische Personen anerkannt werden.
- 31 Andere Anknüpfungen (Gründungsort, Betriebssitz, Staatsangehörigkeit und Wohnsitz der kontrollierenden Anteilseigner) spielen für die Statutbestimmung heute keine Rolle mehr; vgl. dazu z.B. GRASMANN, *System des Internationalen Gesellschaftsrechts* (1970) Rz. 83 ff.
- 32 Vgl. die Überblicke über die Sitz- und Gründungstheorie-Staaten bei NEUMAYER, *ZVglRWiss* 1984 (83), 129 ff. und STAUDINGER/GROßFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 13. Aufl. 1993, Rz. 146 ff. Beide Anknüpfungsregeln (Gründungs- bzw. Sitzrecht) werden ggf. durch die Voraussetzung der Gegenseitigkeit sowie den Vorbehalt des *ordre public* ergänzt.
- 33 Art. 197 Code de commerce; BLUMBERG, *Over het grensoverschrijdende associatieconcern zetelverplaatsing en internationale fusie*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1992, 803, 816 f m.w.Nachw.; DABIN/BENOIT-MOURY, *Die Gründung einer Tochtergesellschaft in Belgien*, in: LUTTER (Hrsg.), *Die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland*, ZGR Sonderheft 3, 2. Aufl. (1988) S. 40.
- 34 Aus der jüngeren Rspr. vgl. z.B. BGH 21.3.1986 BGHZ 97, 269, 271 = NJW 1986, 2194, 2195; BayObLG 7.5.1992 EuZW 1992, 548 abl. Anm. BEHRENS 550, Anm. EBKE WuB I C. § 3 GmbHG 1.92, S. 1293; OLG Frankfurt 24.4.1990 NJW 1990, 2204; weit. Nachw. bei STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 24. Aus dem neueren Schrifttum s. z.B. STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 33 ff.; Münchener Kommentar/EBENROTH Anhang zu Art. 10 Rz. 142

Portugal<sup>39</sup> und Spanien<sup>40</sup> folgen der sog. Sitztheorie - besser: Realsitztheorie (real seat, siège réel).<sup>41</sup> Nach dieser Theorie wird das Gesellschaftsstatut durch den realen Sitz (= den Verwaltungssitz) der Gesellschaft bestimmt. Für die Anerkennung bedeutet dies, daß dessen Gründungsvorschriften einzuhalten sind. In der Interpretation der deutschen Rechtsprechung handelt es sich im Ergebnis um eine qualifizierte Gründungstheorie,<sup>42</sup> weil man von einer (widerleglichen) Vermutung dafür ausgeht, daß sich der Verwaltungssitz im Gründungsstaat (Satzungssitzstaat) befindet.<sup>43</sup>

Die sog. Gründungstheorie - besser: Gründungsrechtstheorie bzw. Gründungsrechts-

---

ff.; SOERGEL/LÜDERITZ, vor Art. 7 EGBGB Rz. 202 ff.; KEGEL, IPR, 6. Aufl. (München 1987) § 17 II p. 359 ff. In Deutschland ist verschiedentlich die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Sitztheorie behauptet worden: so insbes. BEHRENS, Niederlassungsfreiheit und internationales Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 52 (1988) 498, 517 ff. Demgegenüber hat der EuGH entschieden, daß die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts gemeinschaftsrechtlich bisher nicht geregelt sei: EuGH 27.9.1988 - Rs. 81/87 (Daily Mail) Slg. 1988, 5505; s. auch EuGH 25.7.1991 Slg. 1991, 764 (engl. Fischereistreit).

- 35 Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537 sur les sociétés commerciales; BATIFFOL/LAGARDE, *Droit international privé*, Bd. 1, 8. Aufl. (Paris 1993) n° 193.
- 36 Art. 10 ZGB; GEORGAKOPOULOS, Die Gründung einer Tochtergesellschaft in Griechenland, in: LUTTER (Fn. 33) 178. Eine Ausnahmeregelung (Gründungsrecht) besteht für Seeschiffahrtsgesellschaften durch Gesetz Nr. 791/1978.
- 37 Art. 159 Gesetz v. 10.8.1915 concernant les sociétés commerciales; DELVAUX, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht Bd. III, 50.80.4.
- 38 § 10 IPR-Gesetz 1978.
- 39 Art. 33 Nr. 1 C.c. (für juristische Personen); Art. 3 Nr. 1 Satz 1 Gesellschaftsgesetz v. 2.9.1986 (für Handelsgesellschaften; mit Einschränkung zugunsten des port. Rechts des Satzungssitzes in Satz 2); MOURA RAMOS, Aspects récents du droit international privé au Portugal, *Rev. crit. dr. int. privé* 77 (1988) 473, 485 f.
- 40 Art. 9 Nr. 11 Abs. 1 Einl. Código Civil i.V.m. Art. 5 Nr. 1 Ley 19/1989 v. 25.7.1989; s. CALVO CARAVACA, in: Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, Tomo I (Madrid 1991) Art. 9 Nr. 11, Anm. II 1., S. 104.
- 41 De lege ferenda wohl auch Italien: Art. 23 IPR-Gesetz-Entwurf, abgedr.: *Riv. dir. int. pr. e proc.* 1989, 932, 936.
- 42 Ähnlich RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, 2. Auflage (1960) Bd. II 38.
- 43 BGH 21.3.1986 BGHZ 97, 269, 273 = NJW 1986, 2194, 2195. Die deutsche Rechtsprechung sieht als Verwaltungssitz den Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane an, wobei maßgebend ist, "wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden": BGH 21.3.1986 BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194, 2195.

prinzip - beherrscht dagegen die Kollisionsrechte des Vereinigten Königreichs<sup>44</sup>, Irlands<sup>45</sup>, der Niederlande<sup>46</sup> und im Ansatz wohl auch Dänemarks<sup>47</sup>. Maßgebend ist danach das Recht, nach dem der Rechtsträger gegründet worden ist; dieses Recht ist in der Regel identisch mit dem am satzungsmäßigen Sitz geltenden Recht.<sup>48</sup> Italien kumuliert die Gründungs- und Sitztheorie: Dem italienischen Gesellschaftsrecht unterliegen sowohl Gesellschaften, die in Italien gegründet sind - gleich, wo sie ihren geschäftlichen Schwerpunkt haben - als auch Gesellschaften, die im Ausland gegründet sind, aber in Italien ihren Verwaltungssitz oder ihr Haupttätigkeitsfeld haben.<sup>49</sup>

In ein Register werden nur Gesellschaften eingetragen, die ihren (statutarischen) Sitz im Registerbezirk haben.<sup>50</sup> M.a.W. bestimmt der statutarische Sitz der Gesellschaft den Registrierungsort. Die Registrierung erfolgt ausschließlich nach Maßgabe des am Registerort geltenden Rechts. Daher laufen die statutarische Sitzregel, die Registrierungsorts- (bzw. Inkorporationsorts-) Regel und die Gründungsrechtsregel für die Gesellschaftsstatutbestimmung auf dasselbe Ergebnis hinaus: Der statutarische Sitz bestimmt den Registrierungsort und damit das Registrierungs- oder Gründungsrecht. Dies gilt selbstverständlich nur, soweit es sich um registrierungspflichtige Rechtsträger handelt. Da jedoch grenzüberschreitende Restrukturierungsvorgänge bei nicht registrierungspflichtigen Rechtsträ-

---

<sup>44</sup> Section 406 ff. Companies Act 1948 (implizit); CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, Private International Law, 12. Aufl. (London 1992) 897.

<sup>45</sup> Section 406 ff. Companies Act 1948 (implizit); TEMPLELANG, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. IV, 80.80.1.

<sup>46</sup> ZustimmungsG v. 25.7.1959 zum Haager Übereinkommen v. 1.6.1956 (Fn. 14); VAN DER GRINTEN, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. III, 60.80.2.

<sup>47</sup> Art. 5 § 4 HandelsG v. 10.12.1975: STEINIGER/JACOBSEN, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. IV, 70.80.50.

<sup>48</sup> Auch Art. 154 des Schweizer BundesG über das internationale Privatrecht v. 18.12.1987 unterstellt Gesellschaften vorbehaltlich einiger Sonderanknüpfungen (Art. 156 ff.) "dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind." In Deutschland folgen einer mehr oder weniger modifizierten Gründungsrechtstheorie z.B.: BEHRENS, BEITZKE, DROBNIG, FIKENTSCHER, GRASMANN, KOPPENSTEINER, KÖTZ, MANN, NEUMAYER (s. die Fundstellen bei HACHENBURG/BEHRENS, GmbHG, 8. Aufl. (1990) Bd. I, Allg. Einleitung Rz. 126, Fn. 75).

<sup>49</sup> Art. 2509 bzw. 2505, 2506 Codice civile. Vgl. auch Cass. Sezioni unite civili 26.5.1969 n. 1857, Foro italiano volume XCII - parte I-161, p. 2538, 2541; Cass. 10.12.1974 n. 4172 Riv. dir. internazionale privato e processuale 1975, 545, 547 f.; VITTA/MOSCONI, Corso di diritto internazionale privato e processuale, Turin, 4. Aufl., 1991, 184 f.

<sup>50</sup> So muß z.B. nach § 7 Abs. 1 GmbHG der statutarische Sitz einer nach deutschem Recht errichteten GmbH zwingend im Inland liegen.

gern praktisch keine Rolle spielen, verwende ich im folgenden die Begriffe Gründungsrecht, statutarisches Sitzrecht und Registrierungsrecht (Inkorporationsrecht) gleichbedeutend.

#### 2.1.1.1.2 Grenzüberschreitende Restrukturierungsvorgänge<sup>51</sup>

##### 2.1.1.1.2.1 Sitzverlegung

##### 2.1.1.1.2.1.1 Staatsverträge

Geltende staatsvertragliche Regelungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung gibt es derzeit in Europa nicht. Lediglich die nicht in Kraft getretene Haager Konvention v. 1.6.1956 über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine und Stiftungen<sup>52</sup> sieht in Art. 3 vor, daß sämtliche Vertragspartner den Fortbestand der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft, die ihren satzungsmäßigen Sitz aus einem Vertragsstaat in den anderen verlegt, anerkennen, sofern die beiden beteiligten Staaten dies tun.

##### 2.1.1.1.2.1.2 Autonomes Recht

Bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung eines Personenzusammenschlusses oder Zweckvermögens geht es insbesondere um eventuelle Konsequenzen der "Emigration" bzw. "Immigration" für die Rechtssubjektivität. Ob - und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen - eine grenzüberschreitende Sitzverlegung zulässig ist, richtet sich nach dem jeweiligen (materiellrechtlichen) Gesellschaftsstatut in dem Sinne, daß der Fortbestand der Gesellschaft nur möglich ist, wenn sowohl die Emigrations- als auch die Immigrationsrechtsordnung die Rechtsträger-Kontinuität bejahen bzw. ermöglichen.<sup>53</sup> Ein Zusammenspiel der sukzessiv anwendbaren Gesellschaftsstatute

---

<sup>51</sup> Weder die von Deutschland abgeschlossenen bilateralen Staatsverträge (vgl. oben Fn. 22 ff.) noch die Vorschläge des Institut de Droit International (Fn. 20) noch der ILA-Entwurf von 1960 (Fn. 20) enthalten Regeln für die grenzüberschreitende Sitzverlegung oder für sonstige grenzüberschreitende Restrukturierungsvorgänge.

<sup>52</sup> Französ. Text: *RabelsZ* 17 (1952) 270 - 272.

<sup>53</sup> H.M., vgl. statt aller KNOBBE-KEUK, Umzug von Gesellschaften in Europa, *ZHR* 154 (1990) 325, 329; PALANDT/HELDRIICH, BGB, 53. Aufl. 1994, IPR, Anh. zu EGBGB Art. 12, Rz. 5 m.weit.Nachw.; KOLVENBACH, *Protection of Foreign Investments*, Deventer 1989, 278 (allgemein); SCHWIMANN, *ibid.* (Fn. 16; für Österreich).

ist unerlässlich. Mit Rücksicht auf die skizzierten in Europa bestehenden Unterschiede hinsichtlich der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts empfiehlt es sich, zwecks Vermeidung von Mißverständnissen danach zu differenzieren, ob das Gesellschaftsstatut durch das Gründungsrecht oder durch den realen Sitz bestimmt wird.<sup>54</sup>

#### 2.1.1.1.2.1.2.1 Sitzverlegung auf der Grundlage des Gründungsrechts

Da nach der Gründungsrechtsregel der *statutarische* Sitz das Anknüpfungselement für das Gesellschaftsstatut darstellt, ist die grenzüberschreitende Verlegung des *faktischen Verwaltungssitzes* kollisionsrechtlich unerheblich; ein Statutenwechsel findet nicht statt.<sup>55</sup> Ob die Verwaltungssitzverlegung ins Ausland zulässig ist, richtet sich nach den Sachnormen des unveränderten Gesellschaftsstatuts (Gründungsrecht). Dagegen führt die grenzüberschreitende Verlegung des statutarischen Sitzes auf der Grundlage der Gründungstheorie jedenfalls dann zum Statutenwechsel, wenn die Gründung einer inländischen Gesellschaft einen inländischen Satzungssitz erfordert.<sup>56</sup> Welche Rechtsfolgen daraus für die Existenz des Rechtsträgers fließen, bestimmt primär das materielle Gesellschaftsrecht des Auswanderungs-, sodann des Einwanderungsstaats. Eine entsprechende gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf der Grundlage der Gründungstheorie findet sich - jedenfalls in Europa - bisher (nur) im neuen Schweizer IPRG von 1987.<sup>57</sup> Der *Wegzug* einer schweizerischen Gesellschaft aus der Schweiz ist ohne Liquidation (und Neugründung) gem. Art. 163 schweiz. IPRG zulässig, wenn die Gesellschaft die entsprechenden Voraussetzungen des Emigrationslandes (Schweiz) erfüllt, der Fortbestand nach dem Recht des Immigrationsstaats gesichert und wenn die Gesellschaft unter Hinweis auf die bevorstehende Änderung des Gesellschaftsstatuts ihre Gläubiger öffentlich zur Anmeldung bestehender Ansprüche aufgefordert hat.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Gründungsrecht (Recht, nach dem eine Gesellschaft gegründet ist), statutarisches Sitzrecht (Recht, das am statutarischen Sitz gilt) oder Registerortsrecht (Recht, das am Sitz der registrierenden Behörde gilt) fallen nach deutschem Sachrecht zusammen. Im Common Law wird von "domicil" gesprochen, wobei dieser Begriff durch den Registrierungsort (England), durch den Inkorporationsstaat bzw. das Gründungsrecht (USA) und von der residence (Verwaltungssitz) unterschieden wird: CHESHIRE/NORTH/FAWCETT (Fn. 44) 174; KOLVENBACH (letzte Fn.) 279.

<sup>55</sup> STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 555; "Studie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen" der "K.P.M.G. European Business Centre, Brüssel", im Auftrag der EG-Kommission (im folgenden K.P.M.G.-Studie) 9.

<sup>56</sup> Z.B. BEITZKE (Fn. 16) 26.

<sup>57</sup> Vgl. dazu SCHNYDER (Fn. 16) 914 f.; VOGT, Transfer of Corporate Domicile, Comparative Law Yearbook of International Business 1992, 85, 90 ff.

<sup>58</sup> Art. 164 schweiz. IPRG enthält bezüglich der Schuldentilgung weitere Schutzvorschriften im Hinblick



Art. 161 Abs. 1 schweiz. IPRG läßt den *Zuzug* einer Gesellschaft vom Ausland in die Schweiz ohne (Liquidation und) Neugründung zu, wenn die Gesellschaft die entsprechenden Voraussetzungen des Emigrationslandes erfüllt und die Anpassung an eine schweizerische Gesellschaftsrechtsform möglich ist (numerus clausus des schweizerischen Gesellschaftsformen). Bei eintragungspflichtigen Gesellschaften bedarf es über die Anpassung an das schweizerische Recht hinaus des Nachweises, daß der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit in die Schweiz verlegt worden ist (Art. 162 Abs. 1 schweiz. IPRG). Bei Kapitalgesellschaften muß vor Eintragung durch einen Revisionsbericht einer von der Regierung ermächtigten Revisionsstelle nachgewiesen sein, daß das Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist (Art. 162 Abs. 3 schweiz. IPRG).<sup>59</sup> Demgegenüber hält ein Teil der Lehre eine grenzüberschreitende Verlegung des statutarischen Sitzes generell für unzulässig<sup>60</sup>; ein Wechsel des Gesellschaftsstatuts ist danach nur auf dem Wege der Liquidation und Neugründung möglich. Andere halten die identitätswahrende Verlegung des statutarischen Sitzes über die Grenze unter der Voraussetzung für möglich, daß die Rechte von Emigrations- und Immigrationsland den identitätswahrenden Weg- und Zuzug akzeptieren.<sup>61</sup>

#### 2.1.1.1.2.1.2.2 Sitzverlegung auf der Grundlage der Geltung des Realsitzrechts

##### Verlegung des Satzungssitzes

Auf der Grundlage der Realsitzregel ist der Satzungssitz für die Statutbestimmung irrelevant. Seine Verlegung in ein anderes Rechtsgebiet verändert also das Gesellschaftsstatut nicht. Eine andere, vom materiellen (Real-Sitz-) Gesellschaftsstatut zu beantwortende Frage ist es, ob die Satzungssitzverlegung zulässig ist, bzw. welche Rechtsfolgen daran geknüpft werden. In Deutschland ist die Frage nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die statutarische Sitzverlegung *nach Deutschland* wird auch in jüngerer Zeit von der Rechtsprechung selbst bei gleichzeitiger Verwaltungssitzverlegung abgelehnt.<sup>62</sup> Auch die

---

auf die Löschung einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft sowie für eine Schuldbetreibung in der Schweiz.

<sup>59</sup> Bei nicht eintragungspflichtigen Gesellschaften reicht - neben der Anpassung - der deutlich erkennbare Wille, dem schweizerischen Recht zu unterstehen und eine "genügende Beziehung" zur Schweiz aus (Art. 162 Abs. 2 schweiz. IPRG).

<sup>60</sup> So z.B. RABEL (Fn. 42) 55 f.

<sup>61</sup> LUTTER/HOMMELHOFF, GmbHG, 13. Aufl. 1991, Einl. Rz. 21.

<sup>62</sup> OLG Zweibrücken 27.6.1990 IPRax 1991, 406 (Neugründung erforderlich), dazu GROßFELD/-

bloße Verlegung des Satzungssitzes ins Inland wird nach deutschem Sachrecht als unzulässig angesehen.<sup>63</sup> Im Schrifttum zeichnet sich allerdings eine Tendenz zur Zulassung ab, wenn das ausländische Heimatrecht den Wechsel ohne Auflösungsfolge zuläßt und die materiellen Eintragungsvoraussetzungen (z.B. §§ 3 Abs. 1; 7 GmbHG) erfüllt sind<sup>64</sup> sowie - mit Rücksicht auf die in Deutschland geltende Realsitzregel - gleichzeitig der faktische Sitz nach Deutschland verlegt wird.<sup>65</sup> Mit anderen Worten setzt die Wirksamkeit einer Verlegung des statutarischen Sitzes ins Inland die gleichzeitige Verlegung des faktischen Sitzes nach Deutschland voraus. Entsprechendes gilt wohl auch für das belgische, französische, luxemburgische<sup>66</sup>, griechische<sup>67</sup> und das italienische<sup>68</sup> Kollisionsrecht. Im umgekehrten Fall der Verlegung des Satzungssitzes einer deutschen Gesellschaft ins Ausland unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes im Inland sieht die h.M. mit Rücksicht auf das deutsche Sachrecht in dem Verlegungsbeschluß - ohne Rücksicht auf den Willen der Gesellschafter - zwingend einen Auflösungsbeschluß<sup>69</sup> mit der Folge anschließender

---

KÖNIG, Identitätswahrende Sitzverlegung in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1991, 380 und BOKELMANN, EWIR § 45 AktG 1/90, 947.

<sup>63</sup> EBENROTH/AUER, Grenzüberschreitende Verlagerung von unternehmerischen Leitungsfunktionen im Zivil- und Steuerrecht, RIW Beilage 1 zu Heft 3/1992, S. 8 (Nr. 12); KRAFT, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, 2. Aufl. 1988, § 5 Rz. 3, § 45 Rz. 17.

<sup>64</sup> BAUMBACH/HUECK, GmbHG, 15. Aufl. 1988, § 3 Rz. 8; HACHENBURG/BEHRENS (Fn. 48) Einl. Rz. 170; KNOBBE-KEUK (Fn. 53) 334 ff. m.w.Nachw. in Fn. 39; ROTH, GmbHG, 2. Aufl., 1987, § 12 Anm. 5 m.Rspr.nachw.

<sup>65</sup> Geschieht dies nicht, so wird die identitätswahrende bloße Verlegung des statutarischen Sitzes nach Deutschland von der h.M. auch dann abgelehnt, wenn das ausländische Recht dies ohne Auflösung der betreffenden Gesellschaft zuläßt und diese bereit ist, ihre Satzung den deutschen Erfordernissen anzupassen und sich zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden: LUTTER/HOMMELHOFF (Fn. 61) § 3 Rz. 4; KRAFT (Fn. 63) § 45 Rz. 17. KRAFT (Fn. 63: § 5 Rz. 17) will die Anpassung der Verhältnisse der Gesellschaft (insb. Kapitalausstattung und Satzung) an deutsches Recht genügen lassen. Dies würde aber zu einem nicht hinnehmbaren Schwebezustand zwischen dem Ende der Lebensfähigkeit der Gesellschaft nach früherem Gesellschaftsstatut und dem Beginn der Lebensfähigkeit nach dem neuen Gesellschaftsstatut während der Anpassungsphase führen: SCHOLZ/-WESTERMANN, GmbHG, 8. Aufl. 1993, Rz. 125. Zu Sitzverlegungen nach Deutschland, die durch die Gebietsverluste infolge des Versailler Vertrags veranlaßt waren: s. RG 29.6.1923 RGZ 107, 94, 97 und F. KARL, Zur Sitzverlegung deutscher juristischer Personen des privaten Rechts nach dem 8. Mai 1945, AcP 159 (1960) 293, 308 ff.

<sup>66</sup> EBENROTH/EYLES, Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? Teil I), DB 1989, 363, 366 m.Nachw.

<sup>67</sup> ROCAS, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. IV, 100.80.2.

<sup>68</sup> Art. 2507, 2508 Codice civile; COLOMBO, in: JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. III (1990) 40.80.2.

<sup>69</sup> EBENROTH/AUER (Fn. 63) 7 (Nr. 11) m.zahlr.Nachw.; ders., Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, GmbHR 1994, 16, 18; HACHENBURG/ULMER, GmbHG, 8. Aufl.

Abwicklung.<sup>70</sup> Von einer Mindermeinung wird der Beschluß als nichtig<sup>71</sup> angesehen. Vereinzelt wird die Zulassung des Wegzugs befürwortet, sofern der Zuzugsstaat die Möglichkeit eröffnet und die Gesellschafter- und Gläubigerschutzvorschriften über die formwechselnde Umwandlung entsprechend angewandt werden.<sup>72</sup>

#### Verlegung des Verwaltungssitzes

Demgegenüber hat die Verlegung des tatsächlichen (Haupt-)Verwaltungssitzes eines Rechtsträgers in ein anderes Rechtsgebiet auf der Grundlage der Realsitzregel - vorbehaltlich einer abweichenden staatsvertraglichen Regelung oder eines *renvoi* - im Ergebnis einen Gesellschaftsstatutwechsel<sup>73</sup> zur Folge. Mit Rücksicht auf die "Staatsabhängigkeit" der Rechtsträgerschaft von juristischen Personen<sup>74</sup> kann eine identitätswahrende Realsitzverlegung nur erfolgen, wenn das (Kollisions- und Sach-) Recht sowohl des Wegzug- als auch des Zuzugsstaats den Fortbestand des Rechtsträgers bejahen.<sup>75</sup> Ob die Realsitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit zulässig ist, wird in den EG-Mitgliedstaaten, die der Realsitzregel folgen, unterschiedlich gesehen. Zumeist wird dabei zwischen Sitzverlegung ins Inland (Zuzug) und Sitzverlegung ins Ausland (Wegzug) differenziert.

#### 2.1.1.1.2.1.2.2.1 Zuzug

Portugal kennt als einziger EG-Mitgliedstaat eine ausdrückliche generelle gesetzliche Regelung der Problematik in Gestalt von Sachnormen für transnationale Sachverhalte (IPR-

---

1992, § 3 Rz. 18; KRAFT, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, 2. Aufl. 1988, § 45 Rz. 19; SCHOLZ/WESTERMANN, GmbHG (Fn. 65) Einl. Rz. 129.

<sup>70</sup> Vgl. schon RGZ 7, 68 ff; ROTH (Fn. 64) § 3 Anm. 2.2.2. m.Nachw.; LUTTER/HOMMELHOFF (Fn. 61) § 3 Rz. 4; BARZ in: Großkommentar zum AktG, Bd. I/1, 3. Aufl., 1973, § 45 Anm. 9; STAUDINGER/GROBFELD (Fn. 32) Rz. 599 f. m.Nachw., 624.

<sup>71</sup> SCHOLZ-SCHMIDT, GmbHG, 7. Aufl., 1988, § 60 Rz. 13 (es sei denn, ein Wille zur Liquidation sei durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln); ebenso MÜLLER, GenossenschaftsG, 1. Bd., 2. Aufl. (1991) § 17 Rz. 206.

<sup>72</sup> KNOBBE-KEUK (Fn. 53) 353.

<sup>73</sup> Nach der deutschen Rspr. i.S. einer Gesamtverweisung: so z.B. OLG Frankfurt 24.4.1990 NJW 1990, 2204, 2205.

<sup>74</sup> Vgl. schon RG RGZ 88, 53, 54 f.

<sup>75</sup> Umstr., vgl. z.B. aus jüngster Zeit EBENROTH/AUER (Fn. 63) 17.

Sachnormen).<sup>76</sup> Sie läßt die Verlegung des Realsitzes vom Ausland nach Portugal unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit zu, wenn das Wegzug-Gesellschaftsstatut dies gestattet und die Gesellschaftssatzung entsprechend den hierfür speziell festgelegten Regeln an das portugiesische Gesellschaftsrecht angepaßt wird (Art. 3 n° 3 und 4 GesellschaftsG v. 2.9.1986).<sup>77</sup> In entsprechender Weise anerkennen einige andere Staaten - so insbesondere *Belgien*<sup>78</sup>, *Luxemburg*<sup>79</sup> und wohl auch *Frankreich*<sup>80</sup> - den Fortbestand der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ausländischer Gesellschaften in das jeweilige Inland an, wenn der Wegzugstaat die Gesellschaft fortbestehen läßt und die zuziehende Gesellschaft den Sachvorschriften des Zuzugstaates entspricht. Dies läuft im Ergebnis auf die in Art. 4 des nicht in Kraft getretenen Brüsseler EWG-Übereinkommens enthaltene Regel hinaus. Nach wohl immer noch h.M. in Deutschland kann die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer ausländischen Kapitalgesellschaft<sup>81</sup> nach Deutschland nur in Gestalt einer (Auflösung im Wegzugstaat und einer) nach deutschem Sachrecht erfolgenden Neugründung (Neuerwerb der Rechtspersönlichkeit) durchgeführt werden.<sup>82</sup> Für Aktiengesellschaften sehe § 45 AktG

<sup>76</sup> Art. 3 n° 2 bis 6 GesellschaftsG v. 2.9.1986.

<sup>77</sup> Gesellschaften mit *statutarischem* Sitz im Ausland und effektivem Verwaltungssitz im Inland müssen innerhalb eines Jahres ihren statutarischen Sitz nach Portugal verlegen, wenn sie ein Betätigungsverbot und eine Zwangsauflösung vermeiden wollen: CAEIRO, *Vers une nouvelle législation portugaise sur les sociétés commerciales* (Saarbrücken 1986) S. 10 (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 66).

<sup>78</sup> Cour de cassation de Belgique 12.11.1965 RCDIP 1967, 506 Anm. Loussouarn; BLUMBERG (Fn. 33) 817 m.w.Nachw.; DABIN/BENOIT-MOURY, in JURA EUROPAE, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 20.80.2, 2-3.

<sup>79</sup> DELVAUX (Fn. 37) 50.80.4., 8 und 9.

<sup>80</sup> Vgl. BATIFFOL/LAGARDE (Fn. 35) n° 197-1, 1° m.weit.Nachw. in Fn. 5; s. auch GOLDMAN/LYON-CAEN (Fn. 27) Nr. 80.

<sup>81</sup> Die Sitzverlegung von Personengesellschaften wird im deutschen Schrifttum kaum behandelt. S. jedoch JUNGHER, Sitzverlegung einer Offenen Handelsgesellschaft nach England und einer Partnership nach Deutschland, Diss. jur. Bonn 1972.

<sup>82</sup> So z.B. BGH 21.3.1986 BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194, 2195; BFH 23.6.1992 DB 1992, 2067 m.krit.Anm. KNOBBE-KEUK (Verlegung des Satzungssitzes einer liechtenstein. AG nach Deutschland); OLG München 6.5.1986 NJW 1986, 2197; OLG Nürnberg 7.6.1984 IPRax 1985, 342, dazu REHBINDER, Sitzverlegung ins Inland und Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen, *ibid.* 324; OLG Zweibrücken 27.6.1990 (Fn. 62); weit.Rspr.nachw. bei THÖNNES, Identitätswahrende Sitzverlegung von Gesellschaften in Europa, DB 1993, 1021, 1022 f.; VON BAR, IPR, Bd. 2, 1991, Rz. 623; EBENROTH/AUER (Fn. 63) S. 7 (Nr. 12) m.zahlr.Nachw.; ERMAN/HOHLOCH, BGB, 9. Aufl. 1993, Art. 37 EGBGB Rz. 28; PALANDT/HELDRIICH (Fn. 53); ROTH (Fn. 64) § 12 Anm. 5 m.Rspr.nachw.; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 591 m.weit.Rspr.nachw. in Rz. 590; Münchener Kommentar/EBENROTH (Fn. 34) Rz. 217 ff.; ROWEDDER/RITTNER, GmbHG, 2. Aufl. 1990, Einl. Rz. 292; a.A. DROBNIG, Gemeinschaftsrecht und Internationales Ge-

auch im Falle der Sitzverlegung nur die Eintragung von nach deutschem Sachrecht gegründeten AGen in das deutsche Handelsregister vor.<sup>83</sup> Neuerdings wird jedoch zunehmend eine Anpassung oder wenigstens eine formwandelnde Umwandlung entspr. §§ 362 ff AktG befürwortet.<sup>84</sup> Soweit die Möglichkeit des identitätswahrenden Zuzugs durch Realsitzverlegung nach Deutschland bejaht wird, herrscht über die Frage Streit, ob nur das Recht des Zuzugsstaates<sup>85</sup> oder - kumulativ - auch jenes des Wegzugsstaats<sup>86</sup> maßgebend ist.

#### 2.1.1.1.2.1.2.2.2 Wegzug

Auch hinsichtlich des Wegzuges, d.h. bei Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes in das Ausland stellt sich die Rechtslage in einzelnen EG-Mitgliedstaaten verschieden dar. Das *portugiesische* Recht läßt die Verlegung des Sitzes in das Ausland unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu, wenn auch das neue Gesellschaftsstatut dies gestattet und die Verlegung mit satzungsändernder Mehrheit beschlossen wurde (Art. 3 n° 5 und 6 GesellschaftsG v. 2.9.1986)<sup>87</sup>. Nach Art. 154 des französischen GesellschaftsG Nr. 66-534 v. 24.7.1966 kann die außerordentliche Hauptversammlung einer Société anonyme (AG) die Nationalität der Gesellschaft unter der Voraussetzung ändern, daß das Aufnahmeland mit Frankreich eine besondere Abmachung getroffen hat, die den Erwerb der Nationalität dieses Landes und die Verlegung des Sitzes

---

sellschaftsrecht. "Daily Mail" und die Folgen, in: VON BAR (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (1991) 185, 197 m.weit.Nachw. in Fn. 26.

83 BOKELMANN (Fn. 62) 948.

84 BEHRENS, Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW 1986, 590, 592 ff.; ebenso GROßFELD/JASPER, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 53 (1989) 52, 58 ff.; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 593 f. (aus europarechtlicher Sicht sei dies sogar geboten: 623); THÖMMES, Fortbestehende Beschränkungen der Mobilität und Aktivität von Unternehmen im Binnenmarkt: Sitzverlegung, Jb. der Fachanwälte für Steuerrecht 1993/94 (1994) 33, 56 ff., 63 f.; s. auch WESSEL/ZIEGENHAIN, Sitz- und Gründungstheorie im internationalen Gesellschaftsrecht, GmbHR 1988, 423, 426 f.; vgl. auch SCHOLZ/WINTER, GmbHG, 6. Aufl. 1980, Einl. Rz. 165.

85 So wohl STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 593 f.; HAMEL, Die Verlegung des Sitzes juristischer Personen ins Ausland, RabelsZ (1928) 1002, 1003 f.

86 BEITZKE, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht (1938) 180, 184 f. (argumentum: Gläubigerschutz); WOLFF, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. (1954) 119.

87 Vgl. auch RODRIGUES PARDAL, CDFI LXX II a (1987) p. 475, 488.

auf sein Gebiet gestattet und dabei der Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit beläßt; einschlägige Abkommen scheinen jedoch bisher nicht geschlossen worden zu sein. Für die Société à responsabilité limitée (GmbH) legt Art. 60 Abs. 1 GesellschaftsG Nr. 66-534 fest, daß die Gesellschafter einstimmig einen Wechsel der Nationalität beschließen können.<sup>88</sup> Auch in Belgien<sup>89</sup>, Luxemburg<sup>90</sup>, Griechenland<sup>91</sup> und Italien<sup>92</sup> neigt man der Auffassung zu, daß die Sitzverlegung ins Ausland nicht zwingend die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe. Dagegen neigt man in Spanien<sup>93</sup> und Deutschland zu einer Zwangsauflösung der emigrierenden Gesellschaften. Nach der in Deutschland h.M. kommt es bei Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaft ins Ausland - unter Beibehaltung des Satzungssitzes im Inland - darauf an, ob der Aufnahmestaat der Realsitztheorie oder der Gründungstheorie folgt. Bei Verlegung des Realsitzes aus Deutschland in einen Staat, der ebenfalls der Verwaltungssitzregel folgt, wird der Beschluß zur Verlegung des Verwaltungssitzes im Interesse des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes zwingend als (ungeschriebener) Auflösungsbeschluß mit der Folge anschließender Abwicklung angesehen.<sup>94</sup> Der nach deutschem Recht erteilte Rechtsträger-Status kann also nicht in ein anderes Rechtsgebiet übernommen werden, sondern erlischt.<sup>95</sup> M.a.W. wird eine identitätswahrende grenzüberschreitende Satzungssitz-

<sup>88</sup> Eine wortgleiche Regelung enthält Art. 31 Abs. 1 GesellschaftG Nr. 66-534 für die Kommanditgesellschaft. Für die OHG und die bürgerlichrechtliche Gesellschaft gibt es keine entsprechenden Vorschriften im französischen Recht. Vgl. zum Ganzen GOLDMAN/LYON-CAEN (Fn. 27) Nr. 79.

<sup>89</sup> BLUMBERG (Fn. 33) 817 m.w.Nachw.; anders noch DABIN/BENOIT-MOURY (Fn. 78) 20.80.3.

<sup>90</sup> DELVAUX (Fn. 37) 50.80.5.

<sup>91</sup> Art. 29 und 31 Gesetz 2190/1920 (Aktiengesellschaften; qualifizierte Mehrheit) bzw. Art. 38 Gesetz 3190/1955 (GmbH; Einstimmigkeit).

<sup>92</sup> COLOMBO (Fn. 68) 40.80.2. Nach Art. 2368, 2369 Abs. 4 C.c. kann eine Aktiengesellschaft mit qualifizierter Mehrheit die Sitzverlegung ins Ausland beschließen. Damit nicht einverständene Aktionäre haben ein Austritts- und Abfindungsrecht (Art. 2437 C.c.). Diese Regelung gilt auch für KGaA (Art. 2464, 2470 C.c.) und GmbH (Art. 2494 C.c.).

<sup>93</sup> Vgl. FERNANDEZ DE LA GANDARA, in: LUTTER (Fn. 33) 463 (479).

<sup>94</sup> H.M.; vgl. z.B. BayObLG 7.5.1992 (Fn. 34) 549; VON BAR (Fn. 82) Rz. 623 Fn. 95; BAUMBACH/HUECK (Fn. 64) § 3 Rz. 8; DROBNIG (Fn. 82) 197 m.weit.Nachw. ibid. Fn. 27; EBENROTH/AUER (Fn. 63) S. 6 (Nr. 9) m.zahlr.Nachw.; LUTTER/HOMMELHOFF (Fn. 61) Einl. Rz. 21; Münchener Kommentar/EBENROTH (Fn. 34) Rz. 220; ROWEDDER/RITTNER (Fn. 82) Einl. Rz. 291; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 565, 573 (zumindest für den Wegzug aus der EG; gerichtliche Auflösung, falls die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist nach entspr. Aufforderung des Verwaltungssitz nach Deutschland zurückverlegt: Rz. 575); THODE, EWIR § 3 GmbHG 1/92, 785, 786. Für Nichtigkeit: NUSSBAUM, Deutsches Internationales Privatrecht (1932) 204 und wohl WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980) 870.

<sup>95</sup> BGHZ 19, 102 (105); SCHOLZ/WESTERMANN (Fn. 65) Rz. 129; KRAFT (Fn. 63) § 45 Rz. 19

verlegung ins Ausland von der derzeit in Deutschland herrschenden Meinung nicht anerkannt.<sup>96</sup> Den hierfür maßgebenden Gesichtspunkten des Schutzes der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger kann nach der Ansicht anderer dadurch Rechnung getragen werden, daß man für den Statutenwechselbeschluß Einstimmigkeit fordert und die Gläubiger durch Befriedigung oder Sicherstellung schützt.<sup>97</sup> Manche befürworten den Wegzug - unter der Voraussetzung der Zustimmung aller Gesellschafter und Gläubiger - wenigstens für Gesellschaften, die nicht dem deutschen unternehmerischen Mitbestimmungsrecht unterliegen.<sup>98</sup> Wird (nur) der *Realsitz* in ein Gründungsrechts-Land verlegt, der statutarische Sitz in Deutschland dagegen beibehalten, so besteht nach allerdings umstrittener Auffassung aus deutscher Sicht kein Auflösungsgrund, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen (Aufrechterhaltung einer gewissen Aktivität im Inland) des im Wege des *renvoi* anwendbaren deutschen Gesellschaftsrechts gewahrt sind. Die der Gründungsrechtsregel folgende Zuzugs-Rechtsordnung hat keinen Grund, von der Auflösung der Gesellschaft auszugehen.<sup>99</sup> Für die Sitzverlegung in einen anderen EG-Mitgliedstaat wollen manche dagegen unterhalb der Schwelle der unternehmerischen Mitbestimmung eine (Real-?) Sitzverlegung zulassen.<sup>100</sup>

Eine *zusammenfassende Übersicht* über die autonomen Kollisionsrechte der EG-Mitgliedstaaten ergibt - stark vereinfacht - folgendes Bild: Abgesehen von Portugal (Art. 33 Abs. 3 ZGB) und von der Schweiz (Art. 161 ff. IPRG) ist die grenzüberschreitende Sitzverlegung

---

(räumliche Begrenzung der staatlichen Verleihung der Rechtsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft auf das Gebiet Deutschlands) mit Verweis auf RGZ 88, 55.

- <sup>96</sup> Manche wollen davon eine Ausnahme zulassen, wenn im Zuzugsland für die Erlangung der Rechtsfähigkeit im wesentlichen das gleiche Recht gilt, wie in Deutschland oder wenn die dortigen Voraussetzungen zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erfüllt werden: LANG/WEIDMÜLLER, GenossenschaftsG, 32. Aufl. (1988) § 6 Rz. 17 mit Verweis auf KG JFG 4, 184 (für AG); ebenso MEYER/MEULENBERGH/BEUTHIEN, GenossenschaftsG, 12. Aufl., 1983, § 6 Rz. 6 mit Verweis auf JW 27, 1701. Dagegen führt MÜLLER (Fn. 71; § 17 Rz. 207) an, es könne keine Bedeutung haben, wie die ins Ausland verlegte Gesellschaft nach ausländischem Recht behandelt werde, wenn sie jedenfalls nicht mehr als Gesellschaft des deutschen Rechts existiere.
- <sup>97</sup> So z.B. BEHRENS, EuZW 1992, 550; BEITZKE (Fn. 16) 41 ff.; HACHENBURG/BEHRENS (Fn. 48) Rz. 170; SCHOLZ/WINTER (Fn. 84) Rz. 163; THÖMMES (Fn. 84) 33 ff., 44; s. auch WESSEL/ZIEGENHAIN (Fn. 84) 426.
- <sup>98</sup> GROBFELD/KÖNIG, RIW 1992, 433, 437.
- <sup>99</sup> Vgl. KNOBBE-KEUK (Fn. 53) 352 m.w.Nachw. in Fn. 110; EBENROTH/EYLES (Fn. 66) 368 m.Nachw. auch *gegenteiliger Stimmen*.
- <sup>100</sup> So wohl BEHRENS, EuZW 1992, 550; SCHMIDT, Grenzüberschreitende Sitzverlegung innerhalb der EG, DWiR 1992, 448, 451; a.A. STAUDINGER/GROBFELD (Fn. 32) Rz. 622.
-

in Europa nicht allgemein gesetzlich geregelt. Dementsprechend erscheint die Rechtslage in den übrigen europäischen Staaten unübersichtlich. Der Wegzug wird grundsätzlich in Dänemark, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg, in den Niederlanden, im Vereinigten Königreich und in Irland zugelassen, in Deutschland und Belgien dagegen versagt.<sup>101</sup> Der Zuzug erscheint nach belgischem, englischem, französischem, italienischen, luxemburgischen, niederländischem Recht möglich, nach dänischem und deutschem Recht dagegen nicht.<sup>102</sup> Nach in Deutschland noch h.M. ist somit weder der Wegzug noch der Zuzug von Gesellschaften in identitätswahrender Weise möglich. Die Verschiedenheit der Rechte der Mitgliedstaaten zur Sitzverlegung ins Ausland oder ins Inland hat im Ergebnis zur Folge, daß eine grenzüberschreitende Sitzverlegung derzeit nur in wenigen Konstellationen möglich ist.<sup>103</sup>

#### 2.1.1.1.2.2 Grenzüberschreitende Umgründung

Gesetzliche Regeln für eine grenzüberschreitende Umgründung gibt es derzeit in Europa nicht. Auch Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen des Schrifttums finden sich nur selten.<sup>104</sup> Die deutsche Literatur verneint im Ergebnis jede Möglichkeit von grenzüberschreitenden Umwandlungen in ausländische Kapitalgesellschaften<sup>105</sup>. Die französische Cour de cassation hat in einer älteren Entscheidung entschieden, daß der einstimmige Beschluß der Gesellschafter einer französischen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, den Sitz der Gesellschaft nach Belgien zu verlegen und gleichzeitig die Gesellschaft in eine AG umzuwandeln, zum Verlust der Rechtspersönlichkeit der französischen Gesellschaft

---

<sup>101</sup> Vgl. GOLDMAN/LYON-CAEN (Fn. 27) Nr. 79, 81.

<sup>102</sup> Vgl. GOLDMAN/LYON-CAEN (Fn. 27) Nr. 80, 82.

<sup>103</sup> Vgl. GOLDMAN/LYON-CAEN (Fn. 27) Nr. 83; s. auch KOLVENBACH (Fn. 53) 278/279.

<sup>104</sup> Im Prinzip ablehnend: STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 646. KOPPENSTEINER (*Umwandlungen über die deutsch-österreichische Grenze*, in: *Festschrift Hefermehl*, 1976, 305 ff., 326) hält die übertragende Umwandlung i.S. der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im deutsch-österreichischen Verhältnis bereits de lege lata für zulässig und durchführbar. Dagegen sieht SCHWIMANN (Fn. 16, S. 208) nach österreichischem Recht eine grenzüberschreitende Strukturänderung (Umwandlung, Verschmelzung, Eingliederung) - außerhalb von Staatsverträgen - nur dann als durchführbar an, wenn die beteiligten Gesellschaftsrechte einander inhaltlich entsprechen bzw. ineinandergreifen.

<sup>105</sup> EBENROTH/WILKEN, *Kollisionsrechtliche Einordnung transnationaler Unternehmensübernahmen*, ZVglRWiss. 90 (1991) 235, 250 f. m.Nachw. Die Umwandlung auf ausländische Personengesellschaften hält KOPPENSTEINER (*Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, 1971, 223) für zulässig, wenn das IPR des Zuzugstaates für die Umwandlungsfolgen auf deutsches Recht verweist.



führt.<sup>106</sup> Nach der Rechtsprechung des belgischen Kassationshofes zum internen Recht hat die Umgründung einer Gesellschaft den Verlust der Rechtspersönlichkeit zur Folge.<sup>107</sup>

#### 2.1.1.1.2.3 Grenzüberschreitende Verschmelzung

In Kraft getretene besondere Regelungen gibt es in den Mitgliedstaaten - abgesehen von Spanien - weder für grenzüberschreitende Verschmelzungen ins Ausland (sog. Herausverschmelzungen bzw. Exportfusionen) noch für Fusionen ins Inland (sog. Hineinsverschmelzungen bzw. Importfusionen).

##### 2.1.1.1.2.3.1 Staatsverträge

Nach Art. 4 Satz 2 der nicht in Kraft getretenen Haager Konvention v. 1.6.1956 über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine und Stiftungen<sup>108</sup> ist eine Verschmelzung von Gesellschaften, Vereinen und Stiftungen, die ihre Rechtspersönlichkeit in verschiedenen Vertragsstaaten erlangt haben, von sämtlichen Vertragspartnern (Drittstaaten) anzuerkennen, soweit die Verschmelzung von den unmittelbar betroffenen Vertragsstaaten anerkannt wird.

##### 2.1.1.1.2.3.2 Autonomes Recht

Eine gesetzliche kollisionsrechtliche Regelung für grenzüberschreitende Fusionen kennt nur Spanien<sup>109</sup>: Nach dem 1974 eingeführten Art. 9 Nr. 11 Abs. 2 Einl. C.C. sind bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit verschiedener Nationalität die betroffenen Gesellschaftsstatute zu berücksichtigen, d.h. kumulativ anzuwenden.<sup>110</sup> In den übrigen Mitglied-

---

<sup>106</sup> Arrêt du 29 mars 1898, Clunet 1899, 756.

<sup>107</sup> z.B. Cass., 2<sup>o</sup> ch., 13 juin 1950, Etat belge, Ministère des finances c. Lerner et Padawer, Pasacrisie 1950, I, 726; Cass., 2<sup>o</sup> ch., 8 février 1955, Société de personnes à responsabilité limitée Anciens établissements C. Minavet c. Etat belge, Ministre des finances, Pasacrisie 1955, I, 613 et Etat belge, Ministre des finances c. Anciaux, veuve Laurent, Pasacrisie 1955, I, 617.

<sup>108</sup> S.o. Fn. 52.

<sup>109</sup> S. jetzt auch Rumänien: Art. 46 Gesetz Nr. 105 über die Regelung der internationalen Privatrechtsverhältnisse v. 22.9.1992 (Text: RabelsZ 58 [1994] 534 ff): "Eine Fusion juristischer Personen unterschiedlicher staatlicher Zugehörigkeit kann durchgeführt werden, wenn die von den beiden für das Organisationsstatut maßgebenden Heimatrechten vorgesehenen Bedingungen kumulativ erfüllt sind."

<sup>110</sup> A.-L. CALVO CARAVACA (Fn. 39) Anm. III., S. 105.

staaten der EG ist unsere Frage mangels gesetzlicher Anhaltspunkte heftig umstritten. In Deutschland unterstellt man die internationale Fusion hinsichtlich Verfahren, Voraussetzungen einschl. Formanforderungen<sup>111</sup> und Wirkungen grundsätzlich dem jeweiligen Personalstatut (Gesellschaftsstatut).<sup>112</sup> Fehlt eine Fusionsvoraussetzung auch nur nach einem der beteiligten Rechte, so scheitert die transnationale Verschmelzung.<sup>113</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, daß eine grenzüberschreitende Fusion nur möglich ist, wenn die beteiligten Rechte korrespondieren. Während die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften auf der Grundlage des deutschen Sachrechts früher generell abgelehnt wurde<sup>114</sup>, sind die Auffassungen heute geteilt. Für den deutschen Bundesgesetzgeber fehlen für grenzüberschreitende Fusionen (noch 1992) die zivilrechtlichen Grundlagen in der Gemeinschaft; die grenzüberschreitende Fusion sei derzeit handelsrechtlich nicht möglich.<sup>115</sup> Das Schrifttum hält die transnationale Verschmelzung ins Ausland, d.h. im Falle einer übertragenden deutschen Gesellschaft (Herausverschmelzung) nach deutschem Sachrecht z.T. generell für unmöglich<sup>116</sup>, z.T. nur unter einschränkenden Voraussetzungen für zulässig<sup>117</sup>. Echte Fusionen deutscher Gesellschaften ins Ausland gibt es deshalb noch nicht, sondern nur fusionsähnliche Zusammenschlüsse (z.B. Gründung gemeinsamer Tochterun-

<sup>111</sup> So EBENROTH/WILKEN (Fn. 105) 252; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 629.

<sup>112</sup> Z.B. BEITZKE, Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in: Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Hallstein (1966) 14, 20; DROBNIG/BECKER/REMIEN, Verschmelzung und Koordinierung von Verbänden, 1991, 62 f. m.weit.Nachw.; HACHENBURG/BEHRENS (Fn. 48) Einl. Rz. 174; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 631 - 633.

<sup>113</sup> BEITZKE (Fn. 112) 22.

<sup>114</sup> Vgl. die Nachweise bei BEITZKE (Fn. 112) 18 Fn. 12; WIEDEMANN (Fn. 94) 872 m.weit.Nachw. Aus der Rspr.: KG 18.2.1901 KGJ XXI A 294; BayObLG 20.10.1906 BayObLGZ 7, 505, 506 ff. (jew. dt.-luxemb. AG-Fusion).

<sup>115</sup> Vgl. die Begründung des Entwurfs des SteueränderungsG 1992: BT-Drs. 12/1108 S. 36, 80.

<sup>116</sup> GANSKE, Internationale Fusion von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft - ein neuer Ansatz -, DB 1985, 581; HACHENBURG/BEHRENS (Fn. 48) Rz. 173; BAUMBACH/HUECK (Fn. 64) § 339 Anm. 7; GODIN/WILHELM, AktG, 4. Aufl., 1971, § 339 Anm. 4; LUTTER, Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts, Verh. des 48. Dt. Juristentags Mainz 1970 (1970) Bd. I, Teil H 17; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 635 ff.; WIDMANN/MAYER, Umwandlungsrecht, Stand 1990, Rz. 1738; WIEDEMANN (Fn. 94) 873 f. W.Nachw. bei KOPPENSTEINER (Fn. 105) 255 Fn. 142.

<sup>117</sup> So wohl BEITZKE (Fn. 112) 28; EBENROTH/WILKEN (Fn. 105) 252 ff., 261; gesellschaftsrechtlich auch KOPPENSTEINER (Fn. 104) 262 (einstimmiger HV-Beschluß und Übernahme des deutschen Haftungsrechts vorausgesetzt); ebenso KRAFT (Fn. 63) § 339 Rz. 29; LUTTER/HOMMELHOFF (Fn. 61), Anh. Verschmelzung § 19 KapErhG Rz. 17.

ternehmen).<sup>118</sup> Eine Fusion ins deutsche Inland wird von manchen für möglich gehalten<sup>119</sup>, von anderen dagegen abgelehnt.<sup>120</sup> In der Praxis sind auch transnationale Fusionen ins Inland äußerst selten<sup>121</sup> und mit erheblichen Schwierigkeiten belastet, so daß eine gesetzliche Regelung für dringend erachtet wird.<sup>122</sup>

In Frankreich steht man einer grenzüberschreitenden Fusion nicht ablehnend gegenüber, wenn es sich um eine Aufnahme ins Inland handelt<sup>123</sup> oder - im umgekehrten Fall - der Fusionsbeschluß einstimmig getroffen wurde.<sup>124</sup> Ferner wird für erforderlich gehalten, daß alle beteiligten Rechte die grenzüberschreitende Fusion zulassen und deren Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>125</sup> Hinsichtlich des anwendbaren Rechts gilt: Die Formvorschriften beider Statute sind anzuwenden.<sup>126</sup> Ob Einstimmigkeit erforderlich ist, ob ein Abfindungsrecht für nicht fusionswillige Gesellschafter besteht, ferner, welche Schutzmaßnahmen zugunsten der Gläubiger erforderlich sind, soll sich nach dem Recht der übertragenden Gesellschaft richten.<sup>127</sup> Die Universalsukzession tritt ein, soweit sie von allen beteiligten Rechtsordnungen anerkannt ist.<sup>128</sup> Obwohl das *italienische* Recht keine ausdrückliche

---

<sup>118</sup> ROWEDDER-ZIMMERMANN (Fn. 82) Anh. § 77 Rz. 385; vgl. auch BGHZ 82, 188 = NJW 1982, 933.

<sup>119</sup> BEITZKE (Fn. 112) 19 m.Nachw.; HACHENBURG/BEHRENS (Fn. 48) Rz. 175; Münch-Komm/EBENROTH (Fn. 34) Rz. 503; WIEDEMANN (Fn. 94) 874; GROßFELD/JASPER (Fn. 84) 63 ff.; STAUDINGER/GROßFELD (Fn. 32) Rz. 645.

<sup>120</sup> Z.B. BAUMBACH/HUECK (Fn. 64) § 339 Anm. 7; LUTTER (Fn. 116) 17; MÜLLER (Fn. 71: § 93a Rz. 11).

<sup>121</sup> OG Danzig 18.10.1928 LZ 1929 Sp. 62 (Fusion einer AG aus der freien Stadt Danzig mit einer deutschen AG). Über einen Fall aus jüngerer Zeit und die damit verbundenen Schwierigkeiten berichten RIXEN/BÖTTCHER, Erfahrungsbericht über eine transnationale Verschmelzung, GmbHR 1993, 572.

<sup>122</sup> RIXEN/BÖTTCHER (letzte Fn.) 575.

<sup>123</sup> LOUSSOUARN/TROCHU, Juris-Classeur Droit international Fasc. 564 C, Nr. 405.

<sup>124</sup> LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 405; LOUSSOUARN/BREDIN, Droit de commerce international, 1969, n°303.

<sup>125</sup> Vgl. BATIFFOL/LAGARDE (Fn. 35) n° 203 (S. 356); LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 409; MAYER, Droit International privé, 4. Aufl., 1991, n°1033 (S. 616).

<sup>126</sup> LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 409.

<sup>127</sup> LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 415, 419.

<sup>128</sup> LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 416. Zum Qualifikationsstatut für die Fusion, Cass. Civ. 22. April 1975, JCP 1975.IV.183 und 7 Juni 1977, RCDIP 1978, 119.

Regelung der grenzüberschreitenden Fusion kennt, wird sie für zulässig gehalten, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen sie anerkennen.<sup>129</sup> Kontrovers diskutiert, aber ganz überwiegend bejaht wird die Frage, ob die Anteilseigner, die gegen die grenzüberschreitende Fusion stimmen, ein Austritts- und Abfindungsrecht besitzen (Art. 2437 C.c.).<sup>130</sup> In der Schweiz ist die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Fusion umstritten; jedoch mehren sich die bejahenden Stimmen.<sup>131</sup>

Die derzeitigen Schwierigkeiten für intragemeinschaftliche grenzüberschreitende Fusionen führen zu außerordentlich komplizierten Hilfslösungen, ohne daß damit das eigentlich angestrebte Ziel der Fusion erreicht werden könnte.

#### 2.1.1.1.2.4 Grenzüberschreitende Spaltung

Zur grenzüberschreitenden Spaltung findet sich kaum Material. Nach Auffassung des deutschen Bundesgesetzgebers fehlen (1992) in der Gemeinschaft noch die zivilrechtlichen Grundlagen (nicht nur für die Fusion, sondern auch) für die grenzüberschreitende Spaltung; sie sei derzeit handelsrechtlich nicht möglich.<sup>132</sup> Mangels gesetzlicher Regelung hält man Auf- oder Abspaltungen nicht für möglich<sup>133</sup>; zumindest werden bilaterale Übereinkommen für notwendig gehalten.<sup>134</sup>

In Frankreich hat die Cour de cassation Ende der 20er Jahre<sup>135</sup> unter dem Beifall des überwiegenden Schrifttums<sup>136</sup> das Gesellschaftsstatut auf die Spaltung angewandt. In

<sup>129</sup> Vgl. RAHM, Das internationale Gesellschaftsrecht Italiens, Diss. Münster 1990, S. 125; Ebenso Art. 23 Abs. 3 des italienischen Entwurfs für eine Reform des internationalen Privatrechts von 1989, RDIP 1989, 932 ff.

<sup>130</sup> Bejahend z.B. DI SABATO, Manuale delle società (Torino 1987) 619 ff.; a.A. z.B. FERRI, Le società, Trattato Vasalli, X, 3 (Turin 1987) 986 ff.

<sup>131</sup> S. BESSENICH, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basel 1991, 25, 191 f.

<sup>132</sup> Vgl. die Begründung des Entwurfs des SteueränderungsG 1992: BT-Drs. 12/1108 S. 36, 80.

<sup>133</sup> EBENROTH/WILKEN (Fn. 105) 257.

<sup>134</sup> So EBENROTH/WILKEN, Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 3, JZ 1991, 1116, 1120.

<sup>135</sup> Cass. civ. 11.07.28, S. 1930.1.217, note Niboyet, Clunet 1931.389

<sup>136</sup> BATIFFOL/LAGARDE (Fn. 35) n°587 (S. 301); LOUSSOUARN/TROCHU (Fn. 123) Nr. 388, 389.

Deutschland fehlten bisher gesellschaftsrechtliche Grundlagen für eine grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften.

#### 2.1.1.1.2.5 Grenzüberschreitende Einbringung

Auch zur grenzüberschreitenden Einbringung findet sich kaum Material. Zum deutschen Recht wird die Auffassung vertreten daß die grenzüberschreitende Eingliederung (Übertragung des Vermögens ohne Auflösung) einer deutschen Aktiengesellschaft in eine ausländische Aktiengesellschaft gem. § 319 f. AktG aus Gläubigerschutzgründen nicht möglich sei.<sup>137</sup>

#### 2.1.1.1.3 Zusammenfassung

Regeln über die grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung finden sich weder in multilateralen noch in bilateralen Staatsverträgen. Auch die mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte kennen kaum entsprechende gesetzliche Vorschriften. Die Restrukturierungsvorgänge der grenzüberschreitenden Umgründung, Fusion, Spaltung und Einbringung von Unternehmen(stellen) sind daher derzeit nicht oder nur unter sehr erheblichen Schwierigkeiten durchführbar. Da somit das mitgliedstaatliche Recht insoweit praktisch ausfällt, bleibt zu fragen, inwieweit das Gemeinschaftsrecht den Rechtsträgern intragemeinschaftliche horizontale Restrukturierungen ermöglicht.

#### 2.1.1.2 Horizontale grenzüberschreitende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger kraft Gemeinschaftsrechts<sup>138</sup>

Aufgrund Art. 220 EGV sind die EG-Mitgliedstaaten verpflichtet, in einigen Bereichen Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge zwischen den EG-Mitgliedstaaten (sog. begleitendes Gemeinschaftsrecht) aufzunehmen. Der in unserem Zusammenhang einschlägige Art. 220 Unterabs. 3 EGV begründet - soweit erforderlich -

---

<sup>137</sup> Cf. KOPPENSTEINER (Fn. 105) 219, 220.

<sup>138</sup> Das "Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht" schließt das Körperschaftsrecht in Art. 1 (2) lit e EVÜ ausdrücklich aus seinem Anwendungsbereich vor allem mit Rücksicht auf die Arbeiten aus, die zu diesem Komplex im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft im Gange waren: GIULIANO/LAGARDE, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Erläuterungen zu Art. 1 (6), BT-Drs. 10/503 S. 33 (44 f.).

entsprechende Verhandlungspflichten für die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften i.S. des Art. 58 Abs. 2 EGV, für die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und für die Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen. Im Ergebnis handelt es sich bei inter-mitgliedstaatlichen Sitzverlegungen und Fusionen um Erscheinungsformen der grenzüberschreitenden Niederlassung.<sup>139</sup>

#### 2.1.1.2.1 "Anerkennung" (Gesellschaftsstatutbestimmung)

Die Voraussetzung der "Erforderlichkeit" für ein Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften i.S. des Art. 58 Abs. 2 EGV ergibt sich daraus, daß das Haager Übereinkommen v. 1.6.1956 über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Vereine und Stiftungen<sup>140</sup> aus verschiedenen Gründen<sup>141</sup> die Anerkennungsverpflichtung des Art. 58 EGV nicht erfüllen kann und daß die einschlägigen mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen nicht übereinstimmen. Daher ist - gestützt auf Art. 220 Unterabs. 3 EGV - das (Brüsseler) "Übereinkommen v. 29.2.1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen"<sup>142</sup> geschlossen worden.

Das Übereinkommen beruht auf dem Inkorporationsprinzip (Art. 1), gestattet aber Vorbehalte, die es den Vertragsstaaten ermöglichen, die Anwendung der Konvention auf Gesellschaften mit Inkorporation außerhalb der EG abzulehnen (Art. 3) bzw. eigenes zwingendes Recht des Realsitzstaates gegenüber dem Inkorporationsrecht durchzusetzen (Art. 4).

---

<sup>139</sup> TIMMERMANS, Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 48 (1984) 1, 41.

<sup>140</sup> S.o. Fn. 15.

<sup>141</sup> Art. 1 Haager Übk. stellt auf den satzungsmäßigen Sitz im Gründungsstaat ab, was Art. 58 EGV nicht verlangt. Das Haager Übk. schließt entgegen Art. 58 EGV juristische Personen des öffentlichen Rechts aus. Art. 2 Abs. 2 Haager Übk. ist mit Art. 58 EGV inkompatibel. *Ordre public*-Begriff (Art. 8 Haager Übk. bzw. Art. 56 EGV) und Vertragsdauer (Art. 14 Haager Übk. bzw. Art. 240 EGV) stimmen nicht überein. Vgl. auch BEITZKE (Fn. 16) 23 f.

<sup>142</sup> BGBl. 1972 II 369, 370; Zustimmungsg v. 18.5.1972 BGBl. 1972 II 369. Nicht in Ausführung von Art. 220 EGV ergangen ist das ergänzende, ebenfalls noch nicht in Kraft getretene "Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 29.2.1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen durch den Gerichtshof" BGBl. 1972 II 857 v. 3.6.1971. Das Protokoll übernimmt Art. 177 EGV fast wörtlich.

Wegen fehlender Ratifikation durch die Niederlande ist die Konvention noch nicht in Kraft getreten und gilt als gescheitert. Ersatzmaßnahmen sind nicht in Vorbereitung.

Z.T. wird allerdings die Auffassung vertreten, daß die "Anerkennung" der rechtlichen Existenz (Rechts- und Rechtsgeschäftsfähigkeit) sich aus den direkt anwendbaren EGV-Bestimmungen über das Niederlassungsrecht und die Dienstleistungsfreiheit ergebe (Art. 52, 59 EGV), sodaß es einer besonderen Regelung dieser Frage - etwa in Gestalt einer Konvention oder einer Richtlinie nicht mehr bedürfe.<sup>143</sup> Damit wäre aber die Frage nach der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts noch nicht beantwortet, da die Anerkennung nur einen Teilbereich des Gesellschaftsstatuts betrifft. Hierfür bedarf es im Interesse der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes für die Unternehmen der Integration des Kollisionsrechts in der EG.<sup>144</sup> Daran fehlt es bisher. Entgegen der in einem gewichtigen Teil der deutschen Lehre<sup>145</sup> vertretenen Auffassung, besitzen die Art. 52 i.V.m. Art. 58 (primäre Niederlassungsfreiheit) sowie Art. 59 i.V.m. mit Art. 66 (Dienstleistungsfreiheit) nach der Rechtsprechung des EuGH keine kollisionsrechtliche Relevanz im Sinne der Geltung des Gründungsrechts.<sup>146</sup> Art. 58, 52 EGV berühren das mitgliedstaatliche Internationale Gesellschaftsrecht - abgesehen von der "Anerkennung" - nicht unmittelbar.

#### 2.1.1.2.2 Restrukturierung mitgliedstaatlicher Gesellschaften mittels Gemeinschaftsrechts

Nachdem die steuerrechtlichen Hemmnisse für die inter-mitgliedstaatlichen Fusionen, Spaltungen und Einbringungen durch die Fusions-Steuerrichtlinie<sup>147</sup> beseitigt sind, stellt

---

<sup>143</sup> TIMMERMANS (Fn. 139) 39. SCHWARTZ (in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. (1991) Art. 220 Rz. 100 m.Nachw.) hat die Auffassung vertreten, daß ein Anerkennungsübereinkommen i.S. von Art. 220 nicht "erforderlich" war, weil eine Regelung auf der Grundlage von Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) i.V.m. Abs. 2 durch eine Richtlinie getroffen werden könne, soweit der EWG-Vertrag die Anerkennung nicht selbst ausspreche (Art. 58 i.V.m. Art. 52 EGV).

<sup>144</sup> TIMMERMANS (Fn. 139) 39.

<sup>145</sup> Z.B. BEHRENS (Fn. 34) 517 ff.; DROBNIG (Fn. 82) 192 ff.; KNOBBE-KEUK (Fn. 53) 343 ff.; NIESSEN, Niederlassungsrecht von Gesellschaften nach den Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts, NJW 1986, 1408; VON BAR, Internationales Privatrecht, Bd. I (1987) Rz. 170; s. auch K.P.M.G-Studie 15 f. Keine Bedenken gegen die Sitztheorie leiten aus dem EWG-Vertrag ab: z.B. EBENROTH, Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, Teil I, JZ 1988, 18, 24; LUTTER/HOMMELHOFF (Fn. 61) § 12 Anm. 11.

<sup>146</sup> EuGH vom 27.9.1988 Sammlung 1988, 5483 Nr. 23-24 (Daily Mail) = (auszugweise) NJW 1989, 2186 = JZ 1989, 384 Anm. GROßFELD/LUTTERMANN = IPRax 1989, 381, dazu auch BEHRENS, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, ibid. 354.

<sup>147</sup> S.o. Fn. 5.

sich dringend die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage für die inter-mitgliedstaatlichen gesellschaftsrechtlichen Reorganisationsvorgänge.<sup>148</sup>

#### 2.1.1.2.2.1 Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Die inter-mitgliedstaatliche Sitzverlegung von mitgliedstaatlichen Personenzweckverbänden oder Zweckvermögen ist bisher gemeinschaftsrechtlich nicht geregelt. Zwar sieht Art. 220 Unterabs. 3 EGV ein Übereinkommen über die grenzüberschreitende Sitzverlegung unter den Mitgliedstaaten vor, jedoch gibt es bisher hierfür noch nicht einmal einen Entwurf. Die vor allem von einem Teil der deutschen Lehre vertretene Auffassung,<sup>149</sup> daß Art. 52, 58 EGV eine versteckte Kollisionsnorm zugunsten des Gründungsrechts enthalte, so daß die Verlegung des Verwaltungssitzes oder der Hauptniederlassung einer Gesellschaft innerhalb der EG kraft Gemeinschaftsrechts zugelassen sei, ist vom EuGH in der *Daily-Mail-Entscheidung* verworfen worden. Dort hat der EuGH entschieden, daß die Art. 52, 58 EGV einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, (derzeit) nicht das Recht geben, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Diese Problematik müsse im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses gelöst werden.<sup>150</sup> Mit "Rechtsetzung" ist wohl Art. 54 EGV gemeint, der also - im Wege einer Richtlinie - auch die Angleichung gesellschaftsrechtlicher Kollisionsnormen und generell die Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte ermöglicht.<sup>151</sup> 1993 hat die EG-Kommission eine "Studie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen" veröffentlicht, die

---

148 Mit Rücksicht auf die nach seiner Ansicht noch EG-weit fehlenden gesellschaftsrechtlichen Grundlagen hat der deutsche Gesetzgeber die Fusions-Steuerrichtlinie nur hinsichtlich der Einbringung von Unternehmen und Unternehmensteilen und des Anteilstausches, nicht aber für die Fusion und die Spaltung umgesetzt: vgl. Art. 18 SteueränderungsG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 297), das die umzusetzenden Regeln in § 20 VI und VIII UmwandlungssteuerG einstellte sowie die Begründung des Entwurfs des SteueränderungsG 1992: BT-Drs. 12/1108 S. 36, 80.

149 So insbes. DROBNIG (Fn. 82) 185 f., 197 ff., 201. Jedoch benötigt man auch nach seiner Auffassung Ausführungsregelungen für grenzüberschreitende Sitzverlegungen, so daß die Art. 52, 58 EGV insoweit keine unmittelbar anwendbaren Lösungen bieten würden. Hierfür hätte es daher eines Übereinkommens aufgrund von Art. 220 EGV bedurft. Nach DROBNIG (Fn. 82, S. 185 f.) erfaßt die Niederlassungsfreiheit des Art. 52 EGV die Verlegung des Satzungssitzes.

150 EuGH Sammlung 1988, 5483, 5512. SCHÜRMANN (Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, EuZW 1994, 269, 272 ff.) hält die *Daily Mail-Entscheidung* inzwischen für überholt und die Sitztheorie mit dem europäischen Recht nicht mehr vereinbar.

151 SCHWARTZ, in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, (Fn. 143) Art. 220 Rz. 102.



von "K.P.M.G. European Business Centre, Brüssel" erstellt wurde und nicht als offizielle Stellungnahme der Kommission anzusehen ist. Die Studie steht im Zusammenhang mit der Absicht der Kommission, im Rahmen der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts auf der Grundlage des Art. 54 EGV eine Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat ohne Auflösung der betreffenden Gesellschaft vorzuschlagen.<sup>152</sup> Die - z.T. ziemlich schlampige - Studie kommt zu dem Ergebnis, daß die Gesellschaften aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit berechtigt sind, ihren Verwaltungssitz ohne Gesellschaftsauflösung zu verlegen. Zur Regelung der Grundlagen der Sitzverlegung einschließlich des Verkehrsschutzes werden - alternativ - zwei Richtlinien-Entwürfe vorgeschlagen. Die eine Richtlinie beruht auf der Gründungsrechtstheorie und läßt die Verlegung des Realsitzes unter Beibehaltung des Rechts des Gründungsstaats als Gesellschaftsstatut zu: "Entwurf einer Richtlinie über die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Auflösung (unter Beibehaltung des Rechts des Gründungsstaats)".<sup>153</sup> Der 2. (Alternativ-) "Entwurf einer Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Auflösung (mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts)"<sup>154</sup> lehnt sich an den Entwurf der Zehnten Gesellschaftsrechts-Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen an und sieht eine Verlegung des "amtlich eingetragenen Sitzes" (= statutarischen Sitzes) mit der Folge des Statutenwechsels vor.

#### 2.1.1.2.2.2 Grenzüberschreitende Umgründung

Der Formwechsel (Umgründung) aus einer mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechtsform in eine Gesellschaftsrechtsform eines anderen Mitgliedstaates ist bisher überhaupt nicht in das Blickfeld des Gemeinschaftsrechtsgesetzgebers getreten. Dies gilt i.ü. auch für die Fusions-Steuerrichtlinie.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> K.P.M.G.-Studie S. 1.

<sup>153</sup> K.P.M.G.-Studie S. 31 ff.

<sup>154</sup> K.P.M.G.-Studie S. 41 ff.

<sup>155</sup> S.o. Fn. 5.

### 2.1.1.2.2.3 Grenzüberschreitende Verschmelzung

Auch die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften ist gemeinschaftsrechtlich bisher nicht geregelt. Der auf der Grundlage des Art. 220 EGV ausgearbeitete "Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften" v. 20.12.1972<sup>156</sup> wurde mit Rücksicht auf die unlösbar scheinende Mitbestimmungsproblematik seit 1980 nicht weiter verfolgt. Wohl mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Verabschiedung mit Mehrheit<sup>157</sup> hat die Kommission dann 1985 anstelle des Übereinkommens den "Vorschlag einer zehnten Richtlinie des Rates nach Art. 54 Abs. 3 Buchst. g) des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften" (85/C 23/08)<sup>158</sup> vorgelegt. Der Vorschlag ist bisher nicht verabschiedet worden. Er baut auf den durch die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die (innerstaatliche) Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG)<sup>159</sup> angeglichenen Regeln für die nationalen Fusionen auf. Der Richtlinien-Vorschlag beschränkt sich auf Bestimmungen, die dem grenzüberschreitenden Charakter der Fusion Rechnung tragen, also entweder die Regelung der internen Verschmelzung modifizieren oder - für zusätzlich auftretende Probleme - ergänzen. Der Vorschlag enthält dementsprechend Kollisionsnormen über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung (Art. 11), über Förmlichkeiten als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Übernahme bestimmter Gegenstände (Art. 13), über die zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Leitungsorgans und der Sachverständigen der übertragenden Gesellschaft (Art. 14) und über Nichtigkeitsgründe (Art. 15). Zwar können die von einer der fusionierenden Gesellschaften zu vollziehenden Rechtsakte nach dem für sie maßgebenden Recht durchgeführt werden, jedoch bedarf es der zeitlichen Abstimmung hinsichtlich der vorbeugenden Kontrolle oder öffentlichen Beurkundung (Art. 10) sowie hinsichtlich der Offenlegung der Verschmelzung (Art. 12). Weiter muß die Regelung bestimmter Fragen bei der grenzüberschreitenden Fusion in größerem Umfang einheitlicht werden als bei internen Verschmelzungen. Dies kann entweder durch unmittelbare Regelung oder durch Verweisung auf eines der beteiligten mitgliedstaatlichen Rechte

<sup>156</sup> Text und Bericht des Vorsitzenden (GOLDMAN): Bulletin EG Beilage 13/1973.

<sup>157</sup> Im Schrifttum ist das Übereinkommen als "nicht erforderlich" bezeichnet worden, weil die internationale Verschmelzung als Erscheinungsform der grenzüberschreitenden Niederlassung (Art. 52, 58 EBV) durch eine Richtlinie nach Art. 54 EGV geregelt werden könne: vgl. SCHWARTZ, in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, (Fn. 143) Art. 220 Rz. 104 m.Nachw.

<sup>158</sup> ABl. EG 1985 Nr. C 23/11. Scharf ablehnend DÄUBLER, Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht, DB 1988, 1850.

<sup>159</sup> ABl. EG 1978 Nr. L 295/36.

geschehen - so z.B. für den Inhalt des Verschmelzungsplans: er muß für alle Betroffenen gemeinsam sein, so daß nicht auf mehrere, evtl. divergierende mitgliedstaatliche Rechte verwiesen werden kann (Art. 5). Hinsichtlich der Mitbestimmungsproblematik sieht der Vorschlag einen Kompromiß dahin vor, daß ein Mitgliedstaat die Bestimmungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung erst anzuwenden braucht, wenn gleichwertige Mitbestimmungsmodelle in den Mitgliedstaaten eingeführt sind. Die zuständigen Ausschüsse des Europäischen Parlaments haben u.a. wegen dieser Problematik eine ablehnende Haltung eingenommen<sup>160</sup>, so daß der Vorschlag derzeit blockiert ist.

Mit Rücksicht auf die divergierenden mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte und mitbestimmungsrechtliche Hemmnisse ist somit derzeit eine grenzüberschreitende "Fusion" nur durch Beteiligungsübernahme oder durch eine schuldvertragliche *Joint Venture*-Konstruktion möglich.

#### 2.1.1.2.2.4 Grenzüberschreitende Spaltung

Der EG-Gesetzgeber hat zwar eine - fakultative - Richtlinie zur Annäherung der mitgliedstaatlichen Regeln über die Gesellschaftsspaltung erlassen und in der Fusions-Steuerrichtlinie die steuerrechtliche Seite der grenzüberschreitenden Spaltung (nicht jedoch der Abspaltung) geregelt, in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht dieser Restrukturierungsart jedoch für den grenzüberschreitenden Verkehr bisher keine Beachtung geschenkt. Art. 220 EGV enthält für die Spaltung keinen Verhandlungsauftrag an die Mitgliedstaaten zum Abschluß eines entsprechenden Übereinkommens. Vorschläge oder auch nur Pläne für eine Verordnung oder Richtlinie zur sach- oder kollisionsrechtlichen Regelung dieses grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgangs liegen bisher nicht vor. Auch Rechtsprechung und Schrifttum in den Mitgliedstaaten haben sich, soweit ersichtlich, mit dieser Fallgruppe noch nicht befaßt.

#### 2.1.1.2.2.5 Grenzüberschreitende Einbringung

Die Fusions-Steuerrichtlinie<sup>161</sup>, die eine Besteuerung der grenzüberschreitenden inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsmaßnahmen verhindern soll, erfaßt auch die Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen.

---

<sup>160</sup> ABl. EG 1985 Nr. C 303/27; sowie Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1987-88, Serie A, Dokument A 2-0186/87, S. 18.

<sup>161</sup> S.o. Fn. 5.

Demgegenüber fehlen im Gemeinschaftsrecht noch die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für diesen Restrukturierungsvorgang. Soweit ersichtlich sind nicht einmal Vorarbeiten für einschlägige Vorschriften im Gange.

#### 2.1.1.2.3 Zusammenfassung

Für keine der intragemeinschaftlichen grenzüberschreitenden Reorganisationsvorgänge *mitgliedstaatlicher Gesellschaften* stellt das *Gemeinschaftsrecht* Regeln zur Verfügung. Das Anerkennungsübereinkommen von 1968 ist nicht in Kraft getreten und gilt als gescheitert. Für die grenzüberschreitende Sitzverlegung gibt es bisher lediglich eine nicht-amtliche Studie für eine Richtlinie. Für das in Art. 220 Unterabs. 3 EGV vorgesehene Übereinkommen über die grenzüberschreitende Sitzverlegung unter den Mitgliedstaaten sind nicht einmal Vorarbeiten geleistet worden. Der Richtlinien-Vorschlag über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften von 1985 ist bisher nicht verabschiedet worden. Die Restrukturierungsvorgänge der grenzüberschreitenden Spaltung, Einbringung oder Umgründung sind der Aufmerksamkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers bisher völlig entgangen.

#### 2.1.2 Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger mittels gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträgerformen

Eine Restrukturierung mitgliedstaatlicher Gesellschaften kann auch durch deren Umwandlung in eine gemeinschaftsrechtliche Unternehmensform - etwa eine *Societas Europaea* - erfolgen (Vertikale aufsteigende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger mittels gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträgerformen).

##### 2.1.2.1 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)<sup>162</sup>

Die EWIV soll es (in verschiedenen EG-Mitgliedstaaten ansässigen) Unternehmen ermöglichen, einzelne Tätigkeiten gemeinsam auszuüben, ohne daß die beteiligten Gesellschaften ihre bisherige Rechtsform verändern. Als gemeinschaftsrechtliches Kooperationsinstrument für mitgliedstaatliche Unternehmen ist die EWIV also kein umwandlungsrechtliches Rechtsinstitut i.e.S. Die EWIV dient jedoch für kleine und mittlere Unternehmen, für welche die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen grenzüberschreitenden Restrukturie-

---

<sup>162</sup> ABl. EG 1985 Nr. L 199/1; dt. AusführungsG v. 14.4.1988, BGBl. I 514, in Kraft seit 1.1.1989 (§ 18 Ausführungsgesetz).

rungsinstrumente (z.B. die Societas Europaea) zu schwerfällig und zu teuer sind, zur Anpassung der beteiligten Gesellschaften an veränderte wirtschaftliche Umstände, so daß man sie zum weit verstandenen Restrukturierungsinstrumentarium rechnen kann.

#### 2.1.2.2 Societas Europaea (SE)

Die SE war von Anfang an<sup>163</sup> (auch) dazu bestimmt, die Verschmelzung von Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Der gegenwärtig vorliegende Geänderte Vorschlag von 1991<sup>164</sup> sieht folgende Restrukturierungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Gesellschaften vor:

- 1° *Umgründung* einer mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaft in eine SE, wenn sie eine Tochtergesellschaft oder eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat (als dem ihres Sitzes) hat (Art. 2 Abs. 3, Art. 37a SE-VO-Vorschlag 1991);
- 2° *Verschmelzung durch Neugründung einer SE*;  
entweder *Verschmelzung* von (ausschließlich) mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaften (Art. 2 Abs. 1 SE-VO-Vorschlag 1991) oder von SE mit einer oder mehreren mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaft(en) (Art. 3 Abs. 1 SE-VO-Vorschlag 1991);
- 3° *Errichtung einer SE als Holding-Gesellschaft* durch mitgliedstaatliche Aktiengesellschaften und GmbH (Art. 2 Abs. 1a SE-VO-Vorschlag 1991) sowie durch eine SE mit mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaften und GmbH (Art. 3 (1a) SE-VO-Vorschlag 1991), sofern mindestens zwei der mitgliedstaatlichen Gesellschaften entweder ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten besitzen oder eine Tochtergesellschaft oder eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat (als dem ihrer Hauptverwaltung) haben;
- 4° *Errichtung einer SE als gemeinsame Tochter* durch mitgliedstaatliche Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EGV (Art. 2 Abs. 2 SE-VO-Vorschlag 1991) sowie durch SE mit solchen mitgliedstaatlichen Gesellschaften (Art. 3 Abs. 2 SE-VO-Vorschlag 1991), sofern mindestens zwei von den mitgliedstaatlichen

---

<sup>163</sup> Ursprünglicher Vorschlag ABl. EG 1970 Nr. C 124/1 v. 10.10.1970.

<sup>164</sup> "Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft" ABl. EG 1991 Nr. C 176/1.

Gründungsgesellschaften entweder ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten besitzen oder eine Tochtergesellschaft oder eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat (als dem ihrer Hauptverwaltung) haben.

Der Geänderte Vorschlag von 1991 berücksichtigt nicht die verschiedenen Restrukturierungsmöglichkeiten der Spaltung.<sup>165</sup> Auch fehlt die Möglichkeit der Verschmelzung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft durch Aufnahme in eine bereits bestehende SE.

### 2.1.2.3 Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft, Europäischer Verein<sup>166</sup>

Die 1992 vorgelegten<sup>167</sup> und 1993 geänderten<sup>168</sup> Vorschläge für die Europäische Genossenschaft (EuGen),<sup>169</sup> die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft (EuGges) und den Europäischen Verein (EuV) sehen als Restrukturierungsmöglichkeit für die mitgliedstaatlichen Personenverbände übereinstimmend nur die Umgründung in den korrespondierenden gemeinschaftsrechtlichen Körperschaftstyp vor. Eine mitgliedstaatliche Genossenschaft kann sich in eine EuGen umwandeln, wenn sie seit mindestens zwei Jahren in einem

---

<sup>165</sup> - Aufspaltung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft in zwei SE oder in eine SE und eine mitgliedstaatliche Gesellschaft;  
- Aufgliederung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft in zwei SE oder in eine SE und eine mitgliedstaatliche Gesellschaft;  
- Ausgliederung eines Unternehmensteils einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft auf eine SE;  
- Abspaltung von einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft auf eine SE.

<sup>166</sup> Der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages hat mit einer EntschlieÙung v. 12.1.1993 die Verordnungsvorschläge über den Europäischen Verein und die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft aus Gründen der Subsidiarität abgelehnt und eine wesentliche Überarbeitung des Vorschlags über die Europäische Genossenschaft gefordert: Woche im Bundestag v. 19.1.1994 S. 9.

<sup>167</sup> - Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Genossenschaft (92/C 99/03) ABl. EG 1992 Nr. C 99/17; - "Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft" (92/C 99/05) ABl. EG 1992 Nr. C 99/40; - "Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut des Europäischen Vereins" (92/C 99/01) ABl. EG 1992 Nr. C 99/1.

<sup>170</sup> - Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Genossenschaft (93/C 236/03) ABl. EG 1993 Nr. C 236/17 v. 31.8.1993; - Geänderter "Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft" (93/C 236/05) ABl. EG 1993 Nr. C 236/40 v. 31.8.1993; - Geänderter "Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut des Europäischen Vereins" (93/C 236/01) ABl. EG 1993 Nr. C 236/1 v. 31.8.1993.

<sup>169</sup> Zu den Vorarbeiten der europäischen Genossenschaftsverbände s. SCHAFFLAND, Die Europäische Genossenschaft - eine neue Rechtsform, DWiR 1991, 18.

anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Hauptverwaltung eine Tochtergesellschaft oder Niederlassung hat und im letzten Fall eine tatsächliche und echte grenzüberschreitende Tätigkeit nachweist (Art. 9 Abs. 2 EuGen-VO-Vorschlag 1993). Eine mitgliedstaatliche Gegenseitigkeitsgesellschaft kann sich in eine EuGes umwandeln, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat mindestens 500 Mitglieder hat und dort eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt oder auch wenn sie nachweist, daß ihre Umwandlung die Erfüllung dieser zweifachen Bedingung zur Folge hat (Art. 2 Abs. 2 EuGes-VO-Vorschlag 1993). Voraussetzung der Umwandlung für einen mitgliedstaatlichen Verein ist es, daß er seit mindestens zwei Jahren in einem anderen Mitgliedstaat als dem seiner Hauptverwaltung eine Niederlassung hat (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EuV-VO-Vorschlag 1993). Nicht geregelt sind die übrigen in Betracht kommenden Restrukturierungsmöglichkeiten: Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Aufgliederung, Ausgliederung), Vermögensübertragung, Unternehmensgruppenbildung (Gründung einer Holding, Errichtung einer gemeinsamen Tochter).

## **2.2 Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger**

### **2.2.1 Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger**

Von der Funktion der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften als Restrukturierungsinstrumente für mitgliedstaatliche Rechtsträger ist die Frage zu unterscheiden, ob und ggf. welche Restrukturierungsmöglichkeiten für die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften *selbst* bestehen. Diese intra-gemeinschaftsrechtliche Organisationsform-Mobilität ist für die SE nur lückenhaft und für die übrigen bereits existierenden oder geplanten gemeinschaftsrechtlichen Körperschaftsformen überhaupt nicht vorgesehen.

#### **2.2.1.1 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung**

Da der Zweck der EWIV darin besteht, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu fördern, also Hilfscharakter für die Mitglieder hat, besteht kaum ein Bedürfnis für eine Umwandlung dieses Gesellschaftstyps in eine andere Gesellschaftsform. Dementsprechend sieht die EWIV-VO auch keine Restrukturierungsmöglichkeiten i.e.S. (Umgründung, Fusion, Spaltung, Einbringung) vor. Dagegen kann der Sitz der Vereinigung innerhalb der Gemeinschaft verlegt werden (Art. 13 Abs. 1 EWIV-VO). Für eine Sitzverlegung innerhalb eines und desselben Rechtsgebiets genügt ein Beschluß der Mitglieder der EWIV (Art. 13 Abs. 2 EWIV-VO). Mit Rücksicht auf das gemäß Art. 2 EWIV durch den Sitz

---

der Vereinigung bestimmte Gesellschaftsstatut hat die Verlegung in einen anderen Mitgliedstaat einen Statutenwechsel zur Folge. Insoweit wird die Hinterlegung und Bekanntmachung eines Verlegungsplanes verlangt (Art. 14 Abs. 1 EWIV-VO). Der Beschluß über die Sitzverlegung in ein anderes mitgliedstaatliches Rechtsgebiet kann erst zwei Monate nach der Bekanntmachung des Verlegungsplanes gefaßt werden und unterliegt der Einstimmigkeit (Art. 14 Abs. 1 S. 2 bzw. 3 EWIV-VO). Die Verlegung des Sitzes und der damit verbundene Statutenwechsel werden zum Zeitpunkt der Eintragung der Vereinigung im Register des neuen Sitzes wirksam (Art. 14 Abs. 1 S. 4 EWIV-VO). Art. 14 Abs. 3 EWIV-VO schützt den guten Glauben an die Eintragung im Register des früheren Sitzes. Nach Art. 14 Abs. 4 S. 1 EWIV-VO kann in Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates vorgesehen werden, daß eine Sitzverlegung mit der Folge des Statutenwechsels nicht wirksam wird, wenn eine zuständige Behörde dieses Staates innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntmachung des Verlegungsplanes aus Gründen des öffentlichen Interesses Einspruch erhebt.

### 2.2.1.2 Societas Europaea

Der Geänderte SE-VO-Vorschlag 1991<sup>170</sup> sieht für die SE folgende Restrukturierungsmöglichkeiten vor:

- *Sitzverlegung* (Art. 5a SE-VO-Vorschlag 1991);<sup>171</sup>
- *Verschmelzung*  
durch *Neugründung* einer SE durch mehrere SE oder durch eine SE mit mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaften (Art. 3 Abs. 1 SE-VO-Vorschlag 1991) bzw. durch *Aufnahme* einer SE durch eine andere SE oder eine mitgliedstaatliche Aktiengesellschaft (Art. 132 Abs. 1 S. 1 SE-VO-Vorschlag 1991);
- *Gründung einer SE als Holding-Gesellschaft*  
durch mehrere SE oder durch SE mit mitgliedstaatlichen AG oder GmbH, sofern von den mitgliedstaatlichen Gesellschaften mindestens zwei ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben oder eine Tochtergesellschaft oder eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Hauptverwaltung haben

---

<sup>170</sup> S.o. Fn. 164.

<sup>171</sup> Art. 5a SE-VO-Vorschlag 1991 entspricht im wesentlichen den Artt. 13, 14 EWIV-VO.



(Art. 3 Abs. 1a SE-VO-Vorschlag 1991);

- *Errichtung einer Tochter*

in Gestalt einer SE

durch eine SE allein (Art. 3 Abs. 3 SE-VO-Vorschlag 1991) oder zusammen mit anderen SE oder bestimmten mitgliedstaatlichen Gesellschaften (Art. 3 Abs. 2 SE-VO-Vorschlag 1991).

Die Möglichkeit der Umgründung und Spaltung (Aufspaltung, Aufgliederung, Abspaltung) eröffnet der SE-VO-Vorschlag nicht.

**2.2.1.3 Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft, Europäischer Verein**

Für die 1992 vorgelegten<sup>172</sup> und 1993 geänderten<sup>173</sup> Vorschläge für die Europäische Genossenschaft, die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein gilt hinsichtlich der "Restrukturierungsmöglichkeiten" das eben zur EWIV Gesagte entsprechend: Die Vorschläge sehen für diese europäischen Personenverbände lediglich die Sitzverlegung innerhalb eines Mitgliedstaats oder in einen anderen Mitgliedstaat vor (Art. 3 EuGen-VO-Vorschlag, Art. 6 EuGges-VO-Vorschlag, Art. 5 EuV-VO-Vorschlag).<sup>174</sup> Nicht geregelt sind die übrigen Restrukturierungsinstrumente.

**2.2.2 Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsträger mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen**

Die vertikal-absteigende Restrukturierung einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform in einen mitgliedstaatlichen Gesellschaften kennen weder die EWIV-VO noch einer der bisher vorliegenden Vorschläge für gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsformen (SE, EuGen, EuGges, EuV) - sieht man von Art. 132 SE-Vorschlag-1991 ab, der die Verschmelzung mit mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaften vorsieht.

---

<sup>172</sup> S. Fn. 167.

<sup>173</sup> S. Fn. 168.

<sup>174</sup> Die Vorschläge decken sich weitgehend mit der Regelung in Art. 5a SE-VO-Vorschlag 1991, der seinerseits wiederum im wesentlichen den Artt. 13 und 14 EWIV-VO entspricht.

## 2.3 Ergebnis der Bestandsaufnahme

Gesetzliche Vorschriften über die grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung finden sich in den mitgliedstaatlichen Rechten nur selten.

Wird das Gesellschaftsstatut durch den Hauptverwaltungssitz bestimmt - wie es in den meisten Mitgliedstaaten der Fall ist, so führt schon die Realsitzverlagerung zu einem Statutenwechsel, d.h. zur Geltung eines neuen Gesellschaftsrechts für die wandernde Körperschaft. Das Fehlen entsprechender *koordinierter* Regelungen in den Mitgliedstaaten erzwingt regelmäßig die Liquidation im Staat a quo (Auswanderungsstaat) und die Neugründung nach dem Gesellschaftsrecht des Mitgliedstaats ad quem (Einwanderungs-Mitgliedstaat, Zuzugs-Mitgliedstaat). Entsprechendes gilt für die eigentlichen inter-mitgliedstaatlich grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgänge (Fusion, Spaltung, Einbringung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen).

Auch das Gemeinschaftsrecht kennt derzeit noch keine besonderen Vorschriften für die grenzüberschreitende intra-gemeinschaftliche Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Gesellschaften. Zwar sind die EG-Mitgliedstaaten aufgrund Art. 220 Unterabs. 3 EGV für die Anerkennung von Gesellschaften, die grenzüberschreitende Verschmelzung und Sitzverlegung erforderlichenfalls zur Aufnahme von Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses völkerrechtlicher Übereinkommen verpflichtet. Das einzige auf dieser Rechtsgrundlage abgeschlossene (Brüsseler) "Übereinkommen v. 29.2.1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen"<sup>175</sup> ist jedoch nicht in Kraft getreten und gilt als gescheitert. Ein Übereinkommensentwurf über die inter-mitgliedstaatliche Verschmelzung von Gesellschaften wird nicht weiter verfolgt. Hinsichtlich der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer inter-mitgliedstaatlichen Verlegung des Sitzes gibt es noch nicht einmal einen EG-internen Entwurf, sondern nur eine EG-externe Studie von 1993. Für die Spaltung und die Einbringung enthält Art. 220 EGV keinen Verhandlungsauftrag an die Mitgliedstaaten zum Abschluß eines Übereinkommens. Dementsprechend fehlen hierfür jegliche Vorarbeiten.

Aus den Art. 52 und 58 EGV können keine Regeln für inter-mitgliedstaatliche Reorganisationsmaßnahmen abgeleitet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH gewähren diese Vorschriften den mitgliedstaatlichen Gesellschaften insbesondere kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu

---

<sup>175</sup> S. Fn. 142.

verlegen.

Auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht sieht keine sach- oder kollisionsrechtlichen Vorschriften für die inter-mitgliedstaatliche grenzüberschreitende Sitzverlegung oder für inter-mitgliedstaatliche grenzüberschreitende Restrukturierungsvorgänge (Umgründung<sup>176</sup>, Verschmelzung, Spaltung, Einbringung) vor. Der seit 1985 vorliegende Richtlinien-Vorschlag (85/C 23/08) über die inter-mitgliedstaatliche Verschmelzung ist immer noch nicht verabschiedet. Für die inter-mitgliedstaatliche Sitzverlegung und die intermitgliedstaatlichen Restrukturierungsvorgänge der Umgründung, Spaltung und Einbringung von Unternehmen(steilen) liegen nicht einmal Vorentwürfe vor.

Kaum besser steht es um die Restrukturierung mitgliedstaatlicher Gesellschaften mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen. Derzeit existiert nur die EWTV, die als Instrument der Kooperation von Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zwar der Anpassung der beteiligten Gesellschaften an binnenmarktbedingt veränderte wirtschaftliche Umstände dient, jedoch nur im weiteren Sinn zum Instrumentarium der Restrukturierung zu rechnen ist. Zu einem wichtigen Reorganisationsinstrument kann dagegen die SE werden. Der gegenwärtig vorliegende Geänderte Verordnungsvorschlag von 1991 sieht insoweit eine Reihe von Restrukturierungsmöglichkeiten vor: Verschmelzung durch Neugründung einer SE, Umgründung, Errichtung einer SE als Holding-Gesellschaft oder als gemeinsame Tochter. Nicht berücksichtigt sind dagegen die verschiedenen Restrukturierungsmöglichkeiten der Spaltung sowie die Möglichkeit der Verschmelzung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft durch Aufnahme seitens einer SE.

Die 1992 vorgelegten und 1993 geänderten VO-Vorschläge für die Europäische Genossenschaft, die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein sehen hingegen übereinstimmend als Restrukturierungsmöglichkeit für die mitgliedstaatlichen Körperschaften lediglich die Umgründung in den korrespondierenden gemeinschaftsrechtlichen Körperschaftstyp vor, und (auch) dies nur, wenn die mitgliedstaatlichen Körperschaften schon inter-mitgliedstaatlich grenzüberschreitend agieren.

Auch für gemeinschaftsrechtliche Gesellschaften (intra-gemeinschaftsrechtliche Restrukturierung) bestehen nur geringe Restrukturierungsmöglichkeiten. Der bisher einzige gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftstyp, die EWTV, kann ihren Sitz innerhalb der Gemeinschaft

---

<sup>176</sup> Dies gilt im übrigen auch für die Fusions-Steuerrichtlinie (Fn. 5), die bekanntlich insoweit nur die Umwandlungsformen der Fusion, Spaltung und Einbringung von Unternehmen(steilen) regelt.

verlegen (Art. 13 Abs. 1 EWIV-VO). Mehr dürfte bei diesem Zusammenschluß-Typ auch nicht erforderlich sein. Für die SE sieht der geänderte SE-VO-Vorschlag 1991 folgende Restrukturierungsmöglichkeiten vor: Sitzverlegung, Verschmelzung, Gründung einer Holding-Gesellschaft und Errichtung einer gemeinsamen Tochter. Die Möglichkeit zur Umgründung und Spaltung (Aufspaltung, Aufgliederung, Abspaltung) eröffnet der SE-VO-Vorschlag nicht. Für die europäische Genossenschaft, die Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein ist die Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen gegenwärtig die einzige vorgesehene "Restrukturierungsmöglichkeit". Nicht geregelt sind die übrigen Restrukturierungsinstrumente: Verschmelzung, Spaltung, Umgründung, Gründung einer Holding oder einer gemeinsamen Tochter.

### **3. RESTRUKTURIERUNGSBEDÜRFNISSE**

#### **3.1 Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger**

##### **3.1.1 Horizontale Restrukturierung**

Das Bedürfnis für mitgliedstaatliche Gesellschaften, sich innerhalb der Gemeinschaft über die Grenzen hinweg zu restrukturieren, d.h zu fusionieren, zu spalten, auszugliedern, umzugründen oder ihren Sitz zu verlegen, dürfte in dem Maße wachsen, in dem die Rahmenbedingungen in gesellschafts-, steuer- und mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht sich in den Mitgliedstaaten mehr und mehr angleichen und damit gleichzeitig die entsprechenden Hindernisse schwinden. Dann werden nur noch ökonomische Kriterien, insbesondere Standortvorteile für die Gesellschaftsform ausschlaggebend sein.<sup>177</sup> Wie sich aus den in jüngster Zeit höchstrichterlich entschiedenen Fällen ergibt, besteht offensichtlich ein legitimes Interesse am Zuzug und Wegzug von Gesellschaften.<sup>178</sup> Darüberhinaus besteht z.B. auch im grenzüberschreitenden Bereich ein erhebliches Interesse an dem Instrument der Verschmelzung, um bestehende Konzernstrukturen zu vereinfachen.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> THIEL, Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften im Ertragssteuerrecht, GmbHR 1994, 277; s. auch HAHN, Europabürgerschaft für Unternehmen?, GmbHR 1993, 17.

<sup>178</sup> BayObLG 7.5.1992 (Fn. 34) und OLG Zweibrücken 27.6.1990 (Fn. 62).

<sup>179</sup> HERZIG/FÖRSTER, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, DB 1994, 1.

Beispiele:

- *Verschmelzung* einer deutschen Gesellschaft mit einer englischen Gesellschaft durch Aufnahme der deutschen Gesellschaft in die englische Gesellschaft (grenzüberschreitende Verschmelzung durch Aufnahme) oder die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft und einer französischen Gesellschaft zu einer neugegründeten belgischen Gesellschaft (grenzüberschreitende Verschmelzung durch Neugründung);
- *Aufspaltung* einer deutschen Gesellschaft in je eine belgische und eine französische schon bestehende Gesellschaft (grenzüberschreitende Aufspaltung zur Aufnahme) oder in neugegründete Gesellschaften (grenzüberschreitende Aufspaltung zur Neugründung);
- *Abspaltung* eines Teilunternehmens von einem deutschen Rechtsträger zwecks Übertragung auf eine bestehende spanische Gesellschaft (grenzüberschreitende Abspaltung zur Aufnahme) oder auf eine neugegründete italienische Gesellschaft (grenzüberschreitende Einbringung oder Abspaltung zur Neugründung);
- *Einbringung* eines Gesamtunternehmens oder eines Unternehmensteils (Ausgliederung) einer deutschen Gesellschaft in eine bereits bestehende oder neu gegründete italienische Gesellschaft (grenzüberschreitende Einbringung oder Ausgliederung zur Aufnahme oder Neugründung);
- *Umgründung* einer deutschen Gesellschaft (z.B. GmbH) in eine spanische SA;
- *Sitzverlegung* einer dänischen AG nach Deutschland.

Je mehr die EG zu einem Gemeinsamen Markt zusammenwächst, desto häufiger wird sich die Notwendigkeit intra-gemeinschaftlicher grenzüberschreitender Restrukturierung für Gesellschaften ergeben.<sup>180</sup> Ein Markt ohne Binnengrenzen setzt entsprechende Organisationsmöglichkeiten für die gemeinschaftsweit tätigen Gesellschaften voraus, um die Anpassung und Neuordnung der Tätigkeit auf Gemeinschaftsebene planen und durchführen zu können. Intra-gemeinschaftliche Sitzverlegungen, Fusionen, Spaltungen und Einbringun-

---

<sup>180</sup> Vgl. auch BLUMBERG (Fn. 33) 833.

gen (von Unternehmen oder Unternehmensteilen), d.h. inter-mitgliedstaatliche Restrukturierungsfälle, müssen möglich sein, um binnenmarktähnliche Verhältnisse in der EG zu schaffen und so die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten.<sup>181</sup> Die Unternehmen müssen auch hinsichtlich der Restrukturierungsformen ohne Hindernisse über die Mitgliedstaatsgrenzen hinweg agieren können. Diesen Mobilitätsanforderungen wird der gegenwärtige Rechtszustand nicht gerecht. Er widerspricht den Zielen des EWG-Vertrages und muß im Interesse eines funktionierenden Gemeinsamen Marktes verbessert werden. Binnenmarktähnliche Verhältnisse bestehen im Gesellschaftsrecht erst, wenn die Gesellschaften aller Mitgliedstaaten sich über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg innerhalb des ganzen EG-Territoriums ohne größere Schwierigkeiten nach identischen Regeln restrukturieren können. Dies gilt im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit - nicht nur, aber vor allem - für die Sitzverlegung<sup>182</sup> und die Fusion. So scheint es an der Zeit, alle auf mitgliedstaatlicher Ebene zur Verfügung stehenden Restrukturierungsinstrumente auch für die inter-mitgliedstaatliche Anpassung der Unternehmensstruktur an die Binnenmarktverhältnisse verfügbar zu machen. Mit anderen Worten sollte man nicht nur die Fusion, sondern die gesamte Palette der Umwandlungsarten (Gesellschaftsformwechsel, Spaltung, Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensteilen [Ausgliederung], Sitzverlegung) intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitend ermöglichen, soweit sich hierfür ein praktisches Bedürfnis zeigt.

### **3.1.2 Restrukturierung mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen**

Bei der eben behandelten horizontalen inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierung geht es gewissermaßen um inter-mitgliedstaatliche Wandervorgänge, um inter-mitgliedstaatliche Emigration (Wegzug) und Immigration (Zuzug) von Gesellschaften. Vermutlich werden derartige inter-mitgliedstaatliche Migrationen schon deshalb verhältnismäßig selten bleiben, weil sie sich in der Regel auf zwei Mitgliedstaaten beschränken, jedenfalls keine gemeinschaftsweite Restrukturierung ermöglichen. Eine Europäisierung, d.h. eine Anpassung der Unternehmensstruktur an den Gemeinsamen Markt, ist mit Hilfe der horizontalen Restrukturierung auf mitgliedstaatlicher Ebene in der Praxis kaum realisierbar. Hierfür bedarf es gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen, insbesondere der SE, aber auch einer gemeinschaftsrechtlichen GmbH. Alle diese gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen sollten den mitgliedstaatlichen Unternehmensträgern als Restrukturierungsinstru-

---

<sup>181</sup> Vgl. Präambel der Fusions-Steuerrichtlinie (Fn. 5).

<sup>182</sup> So auch So auch LUTTER, Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechts - Versuch einer Summe, ZGR 1992, 435, 448.

mente zwecks Anpassung ihrer Struktur an den Gemeinsamen Markt zur Verfügung stehen. Jeder mitgliedstaatlichen Gesellschaft, gleich welcher Form, sollte daher - soweit erforderlich - die Umgründung in eine der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen möglich sein ("Europäisierung", "Vergemeinschaftung"). Darüber hinaus müssen die mitgliedstaatlichen Gesellschaften sich jedoch auch der übrigen Restrukturierungsinstrumente in Richtung auf gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsformen bedienen können: Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung), Einbringung (von ganzen Unternehmen oder Unternehmensteilen). Es ist zu vermuten, daß diese vertikal aufsteigende Restrukturierung durch Europäisierung bzw. Vergemeinschaftung mitgliedstaatlicher Gesellschaften in der Praxis größere Bedeutung erlangen wird als die inter-mitgliedstaatlichen (horizontalen) Migrationsmöglichkeiten.

### **3.2 Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaften**

#### **3.2.1 Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung**

Es reicht nicht aus, den *mitgliedstaatlichen* Gesellschaften die Möglichkeit der horizontalen (inter-mitgliedstaatlichen) und vertikalen (vergemeinschaftenden) Restrukturierung einzuräumen. Auch auf der Ebene der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen muß die Restrukturierung ermöglicht werden, so daß jede gemeinschaftsrechtliche Gesellschaft sich unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit in eine andere gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform umwandeln kann (Umgründung, Formwechsel), aber auch die Möglichkeit zur Fusion, Spaltung, Einbringung und Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat erhält.

#### **3.2.2 Restrukturierung mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen**

Endlich sollte den gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen auch die Möglichkeit gegeben werden, sich zu "ent-europäisieren" ("ent-gemeinschaften"), d.h. sich gänzlich oder teilweise von der gemeinschaftsrechtlichen Ebene auf die Ebene eines Mitgliedstaates zu begeben (Nationalisierung, "Vermitgliedstaatlichung", Vertikal absteigende Restrukturierung): durch Gesellschaftsformwechsel (evtl. verbunden mit Sitzverlegung), Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung) und Einbringung des Gesamtunternehmens oder Ausgliederung.

### 3.3 Optimale Rechtsträger-Mobilität als Ziel

Ein Markt ohne Binnengrenzen setzt entsprechende Organisationsmöglichkeiten für die EG-weit tätigen Gesellschaften voraus. Die Unternehmen müssen also auch hinsichtlich der Restrukturierungsformen ohne Hindernisse über die Mitgliedstaatsgrenzen hinweg agieren können. Deshalb sind den Gesellschaften in der EG Restrukturierungsmöglichkeiten überall dort zu eröffnen, wo sich ein praktisches Bedürfnis für eine entsprechende Anpassung der Gesellschafts-Struktur zeigt. Diese Frage kann nicht generell, sondern nur für jede einzelne Gesellschaftsform und Restrukturierungsart beantwortet werden. So dürfte z.B. eine inter-mitgliedstaatliche Sitzverlegung für Genossenschaften kaum praktische Bedeutung erlangen. Ziel einer Regelung der grenzüberschreitenden Restrukturierung von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt muß die optimale Gesellschafts-Mobilität sein: die intra-mitgliedstaatliche Restrukturierung, die horizontale (inter-mitgliedstaatliche) Reorganisation, die vertikal-aufsteigende Restrukturierung mitgliedstaatlicher Körperschaften in eine gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform ("Europäisierung", "Vergemeinschaftung"), die gemeinschaftsrechtsinterne Reorganisation der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen und endlich die vertikal-absteigende Reorganisation von gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen in eine mitgliedstaatliche Gesellschaftsform ("Nationalisierung", "Ent-Europäisierung", "Ent-Gemeinschaftung"). Die Ideallösung besteht in einer völligen vertikalen und horizontalen Restrukturierungsfreiheit (Form- und Statut-Mobilität) für alle mitgliedstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsträger (Personenzweckverbände und Zweckvermögen).

Jedes mitgliedstaatliche Unternehmen soll die Möglichkeit haben, sich sowohl auf horizontal-intermitgliedstaatlicher Ebene als auch durch Vergemeinschaftung mittels Umgründung, Fusion, Spaltung, Einbringung und Sitzverlegung zu restrukturieren. In entsprechender Weise soll den gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen die Möglichkeit offenstehen, sich auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene aber auch - vertikal-absteigend - durch "Ent-Gemeinschaftung" ("Enteuropäisierung") umzugründen, zu verschmelzen, zu spalten, das Unternehmen bzw. einen Unternehmensteil einzubringen und gegebenenfalls den Sitz zu verlegen. Ein derartiges System umfassender horizontaler, vertikaler und gesellschaftsförmiger "Freizügigkeit" bzw. Umwandlungsfreiheit (Gesellschafts-Mobilität; Restrukturierungsflexibilität) für mitgliedstaatliche und gemeinschaftsrechtliche Gesellschaften muß das Gesamtziel für ein europäisches Umwandlungsrecht darstellen. Auf diese Weise kann den Erfordernissen des Gemeinsamen Marktes für die Gesellschaften Rechnung getragen werden. Nur so werden binnenmarktähnliche Verhältnisse für die EG-weit tätigen Gesellschaften geschaffen und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes



gewährleistet. Hieraus ergibt sich auch die Legitimation für den Erlass der hierfür erforderlichen Rechtsnormen im Wege gemeinschaftrechtlicher Rechtsetzungsakte (Richtlinie, Verordnung). Die gesellschaftsrechtliche Regelung der inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsinstrumente ist auch deshalb dringend, weil diese Vorgänge durch die Fusions-Steuerrichtlinie steuerrechtlich überwiegend bereits geregelt sind.<sup>183</sup> Diesen steuerrechtlichen Vorschriften fehlt derzeit noch die gesellschaftsrechtliche Basis. Um die steuerrechtliche Regelung operabel zu machen, muß die entsprechende gesellschaftsrechtliche Grundlage geschaffen werden.

#### **4. WEGE ZUR RECHTSTRÄGER-MOBILITÄT**

##### **4.1 Restrukturierung mitgliedstaatlicher Rechtsträger**

###### **4.1.1 Horizontale Restrukturierung**

###### **4.1.1.1 Autonom-mitgliedstaatliche Lösungen?**

Vor allem, aber nicht nur im Hinblick auf das seit dem Vertrag von Maastricht in Art. 3b EGV verankerte Subsidiaritätsprinzip stellt sich die Frage, ob die Problematik der binnenmarktbezogenen *horizontalen* Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Gesellschaften auf mitgliedstaatlicher Ebene gelöst werden kann oder ob eine Lösung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gesucht werden muß. Unsere Bestandsaufnahme hat gezeigt, daß eine grenzüberschreitende inter-mitgliedstaatliche Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Gesellschaften *de legibus latitis* gegenwärtig praktisch kaum möglich ist: Die meisten mitgliedstaatlichen Rechte kennen weder kollisions- noch sachrechtliche Gesetzesvorschriften für die horizontale grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung. Die wenigen vorhandenen Bestimmungen betreffen nur Teilfragen. Aber selbst wenn jeder Mitgliedstaat diese Fälle komplett autonom-unkoordiniert regeln würde, wären die Probleme der inter-mitgliedstaatlichen Rechtsträgerwanderung nicht gelöst - und zwar unabhängig davon, ob die autonome Regelung auf der Ebene des Sach- oder Kollisionsrechts erfolgen würde. Dabei handelt es sich ja um genuin trans-nationale (inter-mitgliedstaatliche) Vorgänge mit (hinsichtlich des Bestandes und der Form der Rechtsträger) zwingender Beteiligung aller betroffenen Staaten. Dementsprechend erscheint eine Regelung der inter-mitgliedstaatlichen Gesellschaftswanderung allein durch *einen* Mitgliedstaat nicht möglich, weil es sich in diesem Fall um "Wanderungs-

---

183 THIEL (Fn. 177) 278.

sachverhalte" handelt, die zwingend immer zwei oder mehr Rechtsordnungen in rechtserheblicher Weise berühren. Sie können nur durch eine *koordinierte* Regelung der betroffenen Rechtsordnungen sachgerecht geordnet werden. Eine einseitig-unkoordinierte Regelung der inter-mitgliedstaatlichen Migration von Gesellschaften durch jeden einzelnen der zwölf Mitgliedstaaten schafft keine binnenmarktähnlichen Verhältnisse für mitgliedstaatliche Gesellschaften. Auf eine *spontane* Koordinierung unter allen zwölf Mitgliedstaaten zu hoffen, erscheint aussichtslos. So spricht alles, und nicht zuletzt die Rechtssicherheit für die Wanderungsstrategien der Unternehmen für eine multilaterale gemeinschaftsweite Lösung der Problematik inter-mitgliedstaatlicher Rechtsträger-Mobilität.

#### 4.1.1.2 Gemeinschaftsweite Lösungsmöglichkeiten

##### 4.1.1.2.1 Kollisions- oder materiellrechtliche Lösungen?

Damit stellt sich die Frage, ob diese gemeinschaftsweite Regelung auf kollisions- oder materiellrechtlicher Ebene zu treffen ist. Die Frage ist zugunsten der unmittelbaren sachrechtlichen Lösung zu beantworten.<sup>184</sup> Die Integration der mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte reicht nicht aus, um die inter-mitgliedstaatliche Restrukturierung von Gesellschaften zweckmäßig zu regeln. Die mittelbare Regelung durch Kollisionsrechtsvereinheitlichung taugt nicht, weil die Verweisung auf die mitgliedstaatlichen Rechte unterschiedliche Restrukturierungsmöglichkeiten eröffnet (1°); vor allem aber beruft die Verweisung keine regelungsgerechten Normen (2°) und ist auch nicht in der Lage, die erforderliche Koordinierung der Regeln und Organe der betroffenen Staaten zu gewährleisten (3°).

1° Da von den Restrukturierungsvorgängen nur die Fusion zwingend kraft Gemeinschaftsrechts angeglichen ist, bleibt es bei den übrigen Restrukturierungstypen dem Zufall überlassen, ob die berufenen Mitgliedstaatsrechte überhaupt einschlägige Regelungen enthalten und, wenn ja, ob diese *äquivalente* Restrukturierungsmöglichkeiten gewähren. Fehlt es daran, so ist dem Gemeinschaftsgesetzgeber die kollisionsrechtliche Lösungsmethode schon deshalb verwehrt, weil sie die Unternehmen unterschiedlichen Verhältnissen unterwirft und damit dem Gemeinschaftsziel der Schaffung binnenmarktähnlicher Verhältnisse zuwiderlaufen würde. So scheitert insbesondere die kollisionsrechtliche Regelungsmethode für die Spaltung gegenwärtig schon daran, daß nicht alle EG-Mitgliedstaaten dieses Rechtsinstitut kennen. Z.B. enthält das deutsche Gesellschaftsrecht die Möglichkeit der Spaltung bisher lediglich für solche Unternehmen, die der Verwaltung der Treuhandanstalt

---

184 Für Vereinheitlichung des nationalen Kollisionsrechts: SCHNYDER (Fn. 16) 10.

unterstehen.<sup>185</sup> Die Sechste Gesellschaftsrichtlinie<sup>186</sup> sieht zwar die Spaltung vor; jedoch zwingt die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht zur Umsetzung dieser Reorganisationsform, so daß sie nur in den Mitgliedstaaten relevant ist, die die Spaltung bereits geregelt haben oder diese - aus freien Stücken - regeln wollen. Die kollisionsrechtliche (Verweisungs-) Lösung hätte also zur Folge, daß - je nach dem berufenen mitgliedstaatlichen Recht - eine Spaltung möglich wäre oder nicht. Im Ergebnis würden spaltungswillige Unternehmen ungleich behandelt und damit ggf. in ihrer inter-mitgliedstaatlichen Freizügigkeit behindert. Schon aus diesem Grunde scheidet die kollisionsrechtliche Lösungsmethode im Falle der inter-mitgliedstaatlichen Spaltung für den Gemeinschaftsgesetzgeber aus. So bleibt in diesem Restrukturierungsfall nur die direkte sachrechtliche Regelung. Entsprechendes gilt für die Restrukturierungstypen der Umgründung und Einbringung. Insoweit gibt es überhaupt keine gemeinschaftsrechtlichen Angleichungsmaßnahmen. Ob die kollisionsrechtliche Regelungsmethode hier überhaupt einsetzbar wäre, hinge also zunächst von dem zufälligen Umstand ab, ob alle Mitgliedstaaten die einschlägigen Rechtsinstitute (Umgründung, Einbringung) kennen und wenigstens in etwa gleichwertige Restrukturierungsmöglichkeiten eröffnen. Die kollisionsrechtliche Lösung hätte also hier ähnlich wie bei der Spaltung zur Folge, daß - je nach dem maßgebenden mitgliedstaatlichen Umwandlungsrecht - mehr oder weniger inter-mitgliedstaatliche Formwechselmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Formwechselwillige Unternehmen würden ggf. in ihrer inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsfreiheit behindert und damit in benachteiligender Weise ungleich behandelt.

2° Die mittelbare Regelung grenzüberschreitender Restrukturierungen durch Kollisionsrechtsvereinheitlichung auf der Ebene der EG wäre aber selbst dann lösungsuntauglich, wenn alle mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte äquivalente Möglichkeiten für innerstaatliche Restrukturierungen böten: Auf rein interne Umwandlungsfälle zugeschnittene mitgliedstaatliche Sachvorschriften taugen nicht für die Regelung transnationaler (inter-mitgliedstaatlicher) Umwandlungsvorgänge. Sie tragen dem grenzüberschreitenden Charakter und den daraus entstehenden spezifischen Problemen, die bei rein internen Umwandlungen nicht auftreten und deshalb in den mitgliedstaatlichen Rechten ungeregelt bleiben, nicht ausreichend Rechnung. Deshalb wäre die ausschließliche Unterwerfung eines inter-mitgliedstaatlichen Umwandlungsvorgangs unter das für interne Restrukturierungen konzipierte Umwandlungsrecht *eines* Mitgliedstaates nicht sachgerecht. Aber auch die kumula-

---

<sup>185</sup> Zur allgemeinen Einführung der Spaltung s.o. Fn. 7.

<sup>186</sup> Sechste Richtlinie des Rates v. 17.12.1982 gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchst. g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG) ABl. EG Nr. L 378/47 v. 31.12.1982.

tive Berufung der betroffenen Rechte böte keine Lösung, weil Kumulation keine Koordination bewirkt.

3° Aber selbst wenn die Mitgliedsstaatsrechte spezielle Sachnormen für grenzüberschreitende Restrukturierungen enthielten - was bisher kaum der Fall ist - wäre damit die Problematik nicht befriedigend zu lösen, solange es an der Koordination dieser nationalen Regelungen fehlt. Um diese Koordination zu erreichen, muß die inter-mitgliedstaatliche grenzüberschreitende Gesellschaftsreorganisation durch gemeinschaftsweit einheitliche Sachnormen erfolgen. Grenzüberschreitende Restrukturierungen können nicht durch Verweisung auf unkoordiniertes nationales Sachrecht - für interne oder transnationale Sachverhalte - geregelt werden, weil es gilt, die grenzüberschreitend umzustrukturierende Gesellschaft in die Zielrechtsordnung überzuleiten. Dies setzt zunächst die Angleichung der sachrechtlichen Regelungen der jeweils einschlägigen Restrukturierungstypen in den mitgliedstaatlichen Rechten voraus; darüberhinaus erfordert es aber auch besondere koordinierende Sachnormen für die grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgänge. Es bedarf dazu koordinierter spezieller Vorschriften für *grenzüberschreitende* Umwandlungen (Gesellschafts-Restrukturierungen). Man könnte insoweit von "Überleitungsrecht" oder "Überführungsrecht" sprechen. An dem erforderlichen "Überführungsverfahren" müssen der übergebende und der übernehmende Staat durch seine Organe mitwirken. Auch dieses notwendige Zusammenwirken der betroffenen Staaten (z.B. simultane bzw. abgestimmte Register-Löschung und -Eintragung) vermag die Verweisung auf ein Mitgliedsstaatsrecht nicht zu gewährleisten.<sup>187</sup> Primärer Regelungsansatz ist also nicht die kollisionsrechtliche Feststellung des Restrukturierungstatuts bzw. der Restrukturierungstatute<sup>188</sup>, sondern unmittelbar anwendbare Sachnormen für inter-mitgliedstaatliche Restrukturierungsvorgänge.<sup>189</sup> Daß der EG-Gesetzgeber diese Problematik erkannt hat, zeigen seine

---

187 BEITZKE (Fn. 112, S. 35) bezeichnet eine Regelung der Kooperation von Register- und Aufsichtsbehörden als wertvoll.

188 So aber z.B. BEITZKE (Fn. 112, S. 24) für inter-mitgliedstaatliche Fusionen. Erst nach Feststellung des Fusionsstatuts will er die Frage aufwerfen, ob zusätzliche materiellrechtliche Sonderbestimmungen für die transnationale Fusion erforderlich sind: BEITZKE (Fn. 112) 15, 24.

189 BEITZKE (Fn. 112, S. 15 bzw. 31 und 34) hält materiellrechtliche Sonderbestimmungen für transnationale Fusionen innerhalb der EG weder für den Mitglieder- noch für den Gläubigerschutz für erforderlich, soweit die entsprechenden Schutzvorschriften angeglichen sind, jedoch eine entsprechende klarstellende Regelung (durch Staatsvertrag oder Richtlinie) für wünschenswert. Für transmitgliedstaatliche Fusionen erscheinen ihm dagegen materiellrechtliche Sondervorschriften zum Mitglieder-schutz (beim Fusionsbeschluß) und zum Gläubigerschutz (gegen Rechtsverfolgung im Ausland und gegen ungünstigeres ausländisches Personalstatut) erforderlich (Fn. 112, S. 34).

Vorschläge für die "internationale" - besser: inter-mitgliedstaatliche - Verschmelzung.<sup>190</sup>

Hinsichtlich der gemeinschaftsweit einheitlich zu regelnden inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungstypen liegt es nahe, sich zunächst an den steuerrechtlich bereits erfaßten Tatbeständen (Fusion, Spaltung und Einbringung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen) zu orientieren.<sup>191</sup> Um die schon existierende steuerrechtliche Regelung operabel zu machen, muß die entsprechende noch fehlende gesellschaftsrechtliche Grundlage geschaffen werden. Bei diesen Restrukturierungsformen ist daher eine gesellschaftsrechtliche Regelung besonders dringend. Darüber hinaus sind die gesellschaftsformwahrende Sitzverlegung und die Umgründung (Umwandlung i.e.S., Gesellschaftsformwechsel) einzubeziehen. Infolge der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte ist ein Stadium erreicht, in dem die intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitende Restrukturierung von Gesellschaften keine unüberwindlichen Regelungsschwierigkeiten mehr bereitet. So erscheint es heute möglich, die innerstaatlichen Restrukturierungsinstrumente auch für grenzüberschreitende Restrukturierungsvorgänge verfügbar zu machen.

#### 4.1.1.2.1.1 Verschmelzung, Spaltung, Einbringung

Nach dem eben Ausgeführten ist der von der EG-Kommission für die inter-mitgliedstaatliche *Verschmelzung* von Aktiengesellschaften gewählte Lösungsansatz der unmittelbaren Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte durch Sachnormen im Prinzip als sachgerecht zu begrüßen. Jedoch bestehen gegen die rechtstechnische Durchführung dieses Lösungsansatzes in dem vorliegenden Richtlinienentwurf Bedenken. Der Vorschlag arbeitet in großem Umfang mit Verweisungen auf die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie und auf das Recht *eines* der beteiligten Mitgliedstaaten. Dies führt dazu, daß die Regelung der Richtlinie aus sich heraus nicht anwendbar ist. Vielmehr sind ein bis zwei weitere Richtlinien sowie mindestens zwei mitgliedstaatliche Rechte heranzuziehen, um den geltenden Rechtszustand hinsichtlich Voraussetzungen, Vollzug und Folgen der Verschmelzung zu ermitteln. Hinzu kommt, daß die gemeinschaftsrechtsergänzenden (richtlinienergänzenden) Kollisionsnormen nicht generell auf das Recht *eines* der beteiligten Mitgliedstaaten verweisen, sondern pointillistisch das anwendbare Recht jeweils für Einzelfragen bestimmen. Dies führt zu einer äußerst unübersichtlichen, rechtstechnisch

---

<sup>190</sup> S.o. 2.1.1.2.2.3. Entsprechend der "Entwurf einer Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Auflösung (mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts)" (s.o. Fn. 154).

<sup>191</sup> Fusions-Steuerrichtlinie, s.o. Fn. 5.

ungenügenden Regelung. Eine voll ausformulierte, in sich geschlossene und möglichst verweisungsfreie Regelung erscheint in unserem Fall entschieden vorzugswürdig. Soweit eine Ergänzung der gemeinschaftsrechtlichen Regelung durch mitgliedstaatliche Vorschriften sich ausnahmsweise als unumgänglich erweist, sollte hierfür regelmäßig nur das Recht *eines* Mitgliedstaates, nämlich jenes der übertragenden (untergehenden) Gesellschaft, berufen werden. Soweit erforderlich, könnte man dann *im Einzelfall* ausnahmsweise auf das Recht des Staates der aufnehmenden oder neu zu gründenden Gesellschaft verweisen.<sup>192</sup> Hinsichtlich der zu regelnden Fragen kann auf den Richtlinienvorschlag für die inter-mitgliedstaatliche Verschmelzung<sup>193</sup> verwiesen werden.

Wünschenswert wäre es im übrigen, die grenzüberschreitende inter-mitgliedstaatliche Verschmelzung auch für andere Gesellschaftsformen als die Aktiengesellschaft (insbesondere für die GmbH und - evtl. - für die Genossenschaft) zu eröffnen. Auch aus diesem Grunde erscheint eine ausformulierte, in sich geschlossene Ordnung der grenzüberschreitenden inter-mitgliedstaatlichen Fusion erforderlich.<sup>194</sup>

Nachdem die steuerrechtlichen Aspekte der inter-mitgliedstaatlich grenzüberschreitenden Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung) sowie der Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensteilen<sup>195</sup> durch die Fusions-Steuerrichtlinie bereits geregelt sind, liegt die Notwendigkeit auf der Hand, hierfür die gesellschaftsrechtliche Grundlage zu schaffen. Dies sollte - wie schon für die inter-mitgliedstaatliche Fusion vorgeschlagen - in Gestalt einer in sich geschlossenen unmittelbaren (möglichst verweisungsfreien) sachrechtlichen Regelung der Materie geschehen, die nicht nur die Aktiengesellschaft, sondern auch andere Gesellschaftsformen (insbesondere die GmbH) mit einbeziehen sollte.

---

192 Ähnlich GANSKE, Internationale Fusion von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft - ein neuer Ansatz -, DB 1985, 581, 582.

193 S.o. 2.1.1.2.2.3. S. auch den "Entwurf einer Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Auflösung (mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts)" (s.o. Fn. 154).

194 Zur Rechtsetzungsform s.u. Abschnitt 4.1.1.2.3.

195 Die Spaltungsrichtlinie 82/891/EWG (6. Richtlinie des Rates v. 17. Dezember 1982 gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften ABl. EG 1982 Nr. L 378/47) gilt nach ihrem Art. 25 auch für Einbringungen.

#### 4.1.1.2.1.2 Formwahrende Sitzverlegung, Formwechsel

Die Fusions-Steuerrichtlinie erfaßt weder die grenzüberschreitende (formwahrende) Sitzverlegung noch den grenzüberschreitenden Gesellschaftsformwechsel, so daß aus steuerrechtlicher Sicht kein Zwang zur Schaffung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für diese Restrukturierungsformen besteht. Gleichwohl besteht hierfür ein dringendes Regelungsbedürfnis.<sup>196</sup>

Hinsichtlich der formwahrenden Sitzverlegung ist zunächst zu klären, ob unter Sitzverlegung die Verlegung des statutarischen Sitzes oder des Verwaltungssitzes zu verstehen ist. Die inter-mitgliedstaatliche Realsitzverlegung wäre rechtstechnisch unproblematisch, wenn man sich in der EG für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf das Inkorporationsprinzip einigen, die Festlegung des Realsitzes freigeben und dem Staat des tatsächlichen Sitzes - anders als in Art. 4 des Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristische Personen v. 29.2.1968<sup>197</sup> geschehen - ein Vorbehaltsrecht zugunsten der Anwendung des eigenen zwingenden Rechts versagen würde. Dies ist m.E. jedoch nicht der richtige Weg. Zwar ergibt sich aus Art. 52 i.V.m. Art. 58 EGV das Recht auf Freizügigkeit auch für Gesellschaften. Es ist den EG-Mitgliedstaaten untersagt, die Niederlassung einer nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaft i.S. des Art. 58 EGV zu behindern.<sup>198</sup> Jedoch ist dies nicht gleichbedeutend mit dem Recht auf Verlegung des Satzungssitzes.<sup>199</sup> M.E. sollte eine dauernde Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat ohne gleichzeitige Mitverlegung des Satzungssitzes nicht zugelassen werden. M.a.W. muß der Satzungssitz dem Ort der Hauptverwaltung entsprechen, wie es übrigens für alle gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen vorgesehen ist<sup>200</sup> und wie es bei allen "seriösen" Sitzverlegungsanträgen, über die die deutsche Rechtsprechung in jüngster Zeit zu entscheiden hatte, der Fall war.<sup>201</sup> Diese Lösung trägt den Gründen Rechnung, die für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den Realsitz

---

196 So auch LUTTER (Fn. 182) 448 f.

197 S.o. Fn. 142.

198 EuGH 27.9.1988 (Fn. 34) S. 5510 Nr. 16.

199 Nach BEHRENS (EuZW 1992, 550) muß hingegen kraft Gemeinschaftsrechts "jedenfalls die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes" ohne Nachteile möglich sein.

200 Vgl. z.B. Art. 5 SE-VO-Vorschlag 1991.

201 BayObLG 7.5.1992 (Fn. 34) und OLG Zweibrücken 27.6.1990 (Fn. 62).

sprechen<sup>202</sup> und vermeidet vor allem eine "Überfremdung" des intra-mitgliedstaatlichen Rechtsverkehrs mit Gesellschaftsformen aus elf anderen Mitgliedstaaten. Folgt man diesem Vorschlag, so hat die Sitzverlegung immer einen Statutenwechsel zur Folge - sei es der Satzungssitz, der Realssitz oder beide Sitzarten. Kraft Gemeinschaftsrechts muß den Gesellschaften ermöglicht werden, innerhalb der EG als ganze zu emigrieren und zu immigrieren. Kollisionsrechtliche Regelungen reichen dafür nicht aus. Materiellrechtliche Divergenzen können nicht kollisionsrechtlich überbrückt werden. Vielmehr ist dies nur mittels besonderer vereinheitlichter und ineinandergreifender Sachvorschriften auf der Ebene der Mitgliedstaaten möglich. Die Regelung der inter-mitgliedstaatlichen Sitzverlegung kann nicht durch Verweisung auf ein mitgliedstaatliches Recht erfolgen, da - wie schon erwähnt - innerstaatliche Sachvorschriften für diese genuin spezifisch internationalen inter-mitgliedstaatlichen Sachverhalte fehlen. Vielmehr bedarf es einer gemeinschaftseinheitlichen sachrechtlichen Regelung. Sie muß berücksichtigen, daß eine inter-mitgliedstaatliche (äußerlich) rechtsformwahrende Sitzverlegung - auch ohne jegliche Umgründungsabsicht - immer zugleich einen Statutenwechsel und damit im Ergebnis einen Gesellschaftsformwechsel darstellt. Mit Rücksicht auf die schon weit fortgeschrittene Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte wird die sachrechtliche Regelung der inter-mitgliedstaatlichen Sitzverlegung - zumindest für die Aktiengesellschaft und wohl auch die GmbH - keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereiten, wenn sie auch größer sein werden als bei der inter-mitgliedstaatlichen Sitzverlegung von gemeinschaftsrechtlichen Körperschaften.<sup>203</sup> Eine Regelung des inter-mitgliedstaatlichen Formwechsels (Umgründung) erscheint vor allem mit Rücksicht darauf angebracht, daß synonyme Gesellschaftsformen in verschiedenen Mitgliedstaaten durchaus unterschiedliche Funktionen erfüllen. So werden z.B. viele wirtschaftliche Aktivitäten, die in Deutschland in der Rechtsform der GmbH erfolgen, in Frankreich von Sociétés anonymes durchgeführt. So ergibt sich z.B. bei der Auswanderung einer deutschen GmbH nach Frankreich in vielen Fällen die Notwendigkeit, statt einer Sitzverlegung einen Wechsel der

---

202 Die Sitztheorie ist primär eine Kontroll- bzw. Abwehrtheorie gegenüber inhomogenen oder unbekannten materiellen Gesellschaftsrechten. Innerhalb der EG ist das Abwehrbedürfnis durch Anpassung des Gesellschaftsrechts obsolet geworden, so daß die Sitztheorie im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten ihre Rechtfertigung verloren hat. Anders steht es mit der Mitbestimmungsrechtsproblematik und im Verhältnis zu Drittstaaten.

203 Für ihre Regelung werden nur wenige Vorschriften benötigt (z.B. Art. 13, 14 EWIV-VO). Dies liegt daran, daß die Verlegung des Sitzes einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform (z.B. EWIV) in einen anderen Mitgliedstaat zwar einen Statutenwechsel hinsichtlich der die gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform ergänzenden gesellschaftsrechtlichen mitgliedstaatlichen Vorschriften bedeutet, die gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform jedoch fortbesteht und die wesentlichen Fragen (z.B. der Haftung) gemeinschaftsrechtliche geregelt sind.



Rechtsform in Aussicht zu nehmen.

Aus der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 52 i.V.m. Art. 58 EGV) ergibt sich m.E. zwar das Recht, eine mitgliedstaatliche Gesellschaft (ohne Auflösung) in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Dies kann jedoch - entsprechend dem Niederlassungsrecht der natürlichen Personen - nur das intra-gemeinschaftliche Migrationsrecht der Gesellschaft (des Rechtsträgers) als solcher (als ganzer) bedeuten. Keineswegs darf das Niederlassungsrecht als Recht mißverstanden werden, *nur* den Realsitz oder *nur* den statutarischen Sitz zu verlegen, also den realen und den statutarischen Sitz zu dissoziieren. Dies auch deshalb, weil ansonsten die Systemunterschiede, die z.B. hinsichtlich des Gläubigerschutzes in den mitgliedstaatlichen Rechten bestehen, zu Umgehungen geradezu einladen würden: So könnte sich eine englische private limited company, die kein Mindestkapital kennt, dafür aber strengen öffentlichrechtlichen Aufsichtspflichten unterliegt, durch Verlegung ihres Realsitzes nach Deutschland, wo keine Aufsichtsbehörden existieren, jeglicher Kontrollen im Interesse der Gläubiger entziehen.

Nach dem oben hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Regelungsmethode Gesagten sind wir auch für inter-mitgliedstaatliche Formwechselvorgänge auf die direkte Regelung mittels koordinierter Sachnormen angewiesen.<sup>204</sup> Insbesondere ist eine rein kollisionsrechtliche Regel dahin, daß eine Sitzverlegung über die Grenzen zulässig sei, wenn das (die) Recht(e) des Weg- oder/und Zuzugslandes dies dulden, nicht ausreichend. Dies gilt vor allem, aber nicht nur für trans-gemeinschaftliche Restrukturierungen. Inhaltlich wird eine entsprechende Regelung Vorschriften über die Voraussetzungen des Wegzugs und des Zuzugs enthalten müssen. Im Wegzugstaat geht es insbesondere um den Schutz der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger<sup>205</sup>, der mit Rücksicht auf die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung durch vielfältige organisationsrechtliche Bestimmungen gewährleistet wird (Gründungskontrolle, Regeln über Kapitalaufbringung und -erhaltung, Bewertung, Rechnungslegung, Publizität, Haftung der Organe usw.)<sup>206</sup> sowie die Gesellschaftswerterhaltung; hinzu kommt das Arbeitnehmerinteresse (Mitbestimmung).

---

204 So auch BEITZKE, Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen, in: LAUTERBACH (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts (1972), 94 (124 f).

205 (Veröffentlichung des Sitzverlegungsbeschlusses; Gläubigeraufruf; evtl. Sperrfrist).

206 BEITZKE (Fn. 16) 42.

Den Interessen der Minderheitsgesellschafter kann durch das Erfordernis der Einstimmigkeit oder eines zwingenden Quorums für den Sitzverlegungsbeschluß oder durch ein Austrittsrecht<sup>207</sup> Rechnung getragen werden.

Die Gläubiger können durch Vorschriften über Befriedigung oder Sicherstellung o.ä. entsprechend einem Liquidationsverfahren<sup>208</sup> geschützt werden.<sup>209</sup> Daß eventuelle Urteile, die ein Gläubiger im Wegzugstaat gegen die Gesellschaft erlangt, im Rahmen des Geltungsbereichs des EuGVÜ auch im Zuzugstaat vollstreckt werden können, reicht m.E. nicht für den Gläubigerschutz aus, solange nicht gewährleistet ist, daß der Gläubiger im eigenen Land klagen kann und die Gläubigerschutzbestimmungen nicht *in vollem Umfang* koordiniert sind. Weitere regelungsbedürftige Probleme ergeben hinsichtlich der Amtsdauer und der unterschiedlichen Struktur der Gesellschaftsorgane, insbesondere wenn Wegzug- und Zuzugstaat verschiedene Systeme der Unternehmensleitung (Mono-System, duales System) aufweisen. Ferner: Was geschieht mit den unternehmensspezifischen Rechten und Interessen wie Firma, Warenzeichen, Etablissementsbezeichnungen?

Für die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Personengesellschaften muß im Zuzugsland eine angemessene Frist zur Anpassung (Satzungsanpassung) gewährt werden. Im Zuzugstaat geht es insbes. um Fragen wie Sonder-Bilanzprüfung, Wiederholung der Gründungskontrolle, Anpassung der Satzung (Frist, Bekanntmachung, Registereintragung), Umorganisation und Publizität.<sup>210</sup> Eine Sitzverlegung setzt i.ü. voraus, daß die Gesellschaftsform der emigrierenden Gesellschaft im Zuzugsstaat existiert. Das ist nicht durchweg der Fall: So gibt es z.B. nicht in allen EG-Mitgliedstaaten Reedereien oder Agrargesellschaften. Eine bloße Sitzverlegung ist auch bei Rechtsträgern nicht möglich, die auf einem Spezialgesetz oder einer Einzelkonzession beruhen wie z.B. der wirtschaftliche Verein i.S. des § 22 BGB. In diesen Fällen kommt nur eine grenzüberschreitende Umgründung in Betracht.<sup>211</sup> Ferner muß die Kooperation der Registerbehörden und ggf.

---

<sup>207</sup> Vgl. z.B. Art. 2437 it. C.c.

<sup>208</sup> BEITZKE (Fn. 16) 43.

<sup>209</sup> Vgl. auch Art. 9 Vorschlag einer zehnten Richtlinie ...über die Grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften; (Fn. 158) i.V.m. Art. 13 Dritte Richtlinie ... betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (Fn. 159).

<sup>210</sup> Vgl. z.B. Art. 161 ff. schw. IPRG.

<sup>211</sup> Die Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern muß sich nach dem Recht richten, das - zufolge des Gesellschaftssitzes - im Augenblick der Begründung der Schuld anwendbar war (Gesellschaftsstatut im Zeitpunkt der Haftungsbegründung): BEITZKE (Fn. 16) 38.

Aufsichtsbehörden (z.B. Eintragung im Zuzugstaat erst nach Erfüllung der Wegzugbedingungen, Austragung im Wegzugstaat erst nach Erfüllung der Zuzugbedingungen) organisiert und ggf. der Übergang der Aufsicht bei konzessionierten Unternehmen (z.B. Banken oder Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit) geregelt werden.

#### **4.1.1.2.2 Kodifikation oder umwandlungsartspezifische Einzelregelung?**

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat in der Fusions-Steuerrichtlinie mehrere Restrukturierungsfälle in ein und demselben Integrationsinstrument geregelt, jedoch im Gesellschaftsrecht eine Regelung bisher nur für die "internationale" Fusion vorgeschlagen. M.E. sollte man aus Gründen der Übersichtlichkeit und Ökonomie der Rechtsetzung auch im Internationalen Gesellschaftsrecht der im Steuerrecht gewählten Kodifikationsmethode folgen und dementsprechend anstreben, alle relevanten inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsvorgänge (Fusion, Spaltung, Einbringung, Sitzverlegung, Formwechsel) in einem einzigen rechtlichen Integrationsinstrument zu ordnen.

#### **4.1.1.2.3 Übereinkommen, Verordnung oder Richtlinie als Integrationsinstrument?**

Von den zur Verfügung stehenden Rechtsintegrationsinstrumenten (Konvention, Verordnung, Richtlinie) hat der Gemeinschaftsgesetzgeber für die horizontale inter-mitgliedstaatliche Restrukturierung sowohl im Steuerrecht als auch im Gesellschaftsrecht (Verschmelzung) die Richtlinie gewählt - im Gesellschaftsrecht allerdings erst sekundär, nachdem der zunächst eingeschlagene Weg des Staatsvertrags nicht zum Ziel geführt hatte. Für die Richtlinie besitzt die EG zweifellos in Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) EGV, aber wohl auch in Art. 100, 100a EGV eine Rechtsetzungsermächtigung.<sup>212</sup> Jedoch ist die Richtlinie für die Regelung inter-mitgliedstaatlicher Restrukturierungsvorgänge nicht das Instrument erster Wahl.<sup>213</sup> Die Ordnung genuin transnationaler Sachverhalte mittels einer Richtlinie bedingt die Umsetzung in alle mitgliedstaatlichen Rechte mit der Folge, daß in jedem einzelnen Fall völlig überflüssigerweise das mitgliedstaatliche Restrukturierungsstatut bestimmt werden muß, um eine identische Regelung anwendbar zu machen. Die hierfür nötigen mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen fehlen jedoch weitgehend oder divergieren. Um die (Sachrechts-) Richtlinie operabel zu gestalten, müßte sie also von der Integration des einschlägigen Kollisionsrechts begleitet sein. Diese umständliche Methode

---

<sup>212</sup> Vgl. dazu SCHWARTZ (Fn. 143) Art. 220 Rz. 27 ff., 30, 102; s. auch LUTTER (Fn. 182) 448.

<sup>213</sup> Anders (ohne Begründung) LUTTER (Fn. 182) 448.

belastet die Neuregelung in gänzlich unnötiger Weise. Sie zwingt dazu, der harmonisierten materiellrechtlichen Regelung von (ausschließlich) inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsvorgängen eine Rechtsanwendungsregelung vorzuschalten. Der Richtlinienweg bedeutet:

- Umsetzung der (Sachrechts-) Richtlinie in die mitgliedstaatlichen Rechte
- Vereinheitlichung der einschlägigen Kollisionsnormen
- im Einzelfall Feststellung des maßgebenden mitgliedstaatlichen Restrukturierungsstatuts.

Insbesondere muß in jedem einzelnen Fall sinnloserweise die Kollisionsrechtsfrage beantwortet werden, welches der inhaltlich übereinstimmenden mitgliedstaatlichen Rechte in casu anzuwenden ist. Über diese gravierenden Mängel hinaus bringt die Richtlinie die allseits bekannten weiteren Nachteile der Ungleichzeitigkeit der Umsetzung, der Gefahr der irrtümlich falschen oder unterlassenen Umsetzung etc.

Die Konvention hat gegenüber der Richtlinie den Vorteil, die Kollisionsrechtsphase zu vermeiden, teilt aber in gewissem Umfang den zeitlichen Nachteil der Richtlinie, weil sie im Ergebnis wie diese der "Umsetzung" in die mitgliedstaatlichen Rechte bedarf. Die Konventionslösung ist aufwendig, umständlich und langwierig.<sup>214</sup> Nach den Erfahrungen mit den Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.2.1968<sup>215</sup> und über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht<sup>216</sup> kann eine Konvention auch weder die Entstehung noch den Fortbestand der EG-Rechtseinheit gewährleisten. Eine geographisch und inhaltlich partielle Integration vermag jedoch nicht optimal zum Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beizutragen.

---

<sup>214</sup> Vgl. die "Stellungnahme der Kommission v. 17.3.1980 betreffend den Entwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht" ABl. EG 1980 Nr. L 94/39, 40 f. sowie KREUZER, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts -, in: MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft (1993) 373, 440 ff.

<sup>215</sup> S.o. Fn. 142.

<sup>216</sup> BGBl. 1986 II 810.

Danach kommt in 1. Linie die Verordnung als Integrationsinstrument für die inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsvorgänge in Betracht. Sie vermeidet die Nachteile der Richtlinie und der Konvention. Gem. Art. 189 Abs. 2 EGV hat die Verordnung allgemeine Geltung, ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Das bedeutet sofortiges, gleichzeitiges und textidentisches Inkrafttreten des Rechtssetzungsaktes in allen Mitgliedstaaten. Nach Erlass bedarf es keiner irgendwie gearteten Mitwirkung von mitgliedstaatlichen Organen wie bei den Staatsverträgen und Richtlinien. Eine ex-post-Verzögerung oder Verhinderung des Inkrafttretens durch einen Mitgliedstaat scheidet aus. Die bei Übereinkommen bestehende Gefahr, daß das Regelungswerk nur für einen Teil der Mitgliedstaaten oder ungleichzeitig in Kraft tritt, entfällt. Der Wortlaut der Verordnung gilt *tel quel*, so daß die Gefahr der irrtümlich falschen Umsetzung der staatsvertraglichen Norm oder Richtlinie in mitgliedstaatliche Rechte vermieden wird. Die bei Übereinkommen möglichen Vorbehalts- und Kündigungsrechte gibt es bei Verordnungen nicht. Alle Gemeinschaftsorgane, insbesondere auch das Europäische Parlament, sind an dem Rechtsetzungsvorgang beteiligt. Eine Novellierung der Verordnung vermeidet den umständlichen Ratifizierungsvorgang für das Übereinkommen und die Gefahr, daß gleichzeitig verschiedene Fassungen des Einheitsrechts für verschiedene Staaten gelten. Die ausschließliche Auslegungskompetenz des EuGH für die Verordnung ergibt sich ipso iure aus Art. 177 EGV und gewährleistet den Fortbestand der erreichten Rechtseinheit. Aus diesen Gründen verdient die Verordnung gegenüber der Richtlinie und dem Staatsvertrag eindeutig den Vorzug.

Als Ermächtigungsgrundlage kann m.E. Art. 235 EGV herangezogen werden. Art. 235 EGV setzt allerdings zunächst voraus, daß das Tätigwerden der Gemeinschaft *erforderlich* sein muß, um ein Ziel des EGV zu verwirklichen. Die Vorschrift ist derart als subsidiäre Ermächtigungsnorm konzipiert, daß sie (nur) anwendbar ist, wenn der EGV zwar ein Ziel bestimmt, jedoch die zur Verwirklichung dieses Zieles erforderlichen Kompetenzen nicht besonders normiert hat. Auf Art. 235 EGV darf also nur zurückgegriffen werden, "wenn keine andere Vertragsbestimmung den Gemeinschaftsorganen die zum Erlass dieses Rechtsakts erforderliche Befugnis verleiht".<sup>217</sup> Zu den mit Art. 235 EGV verfolgbaren Zielen gehören unzweifelhaft jene Ziele, die sich auf die Verwirklichung des Binnenmarktes richten. Hierunter fallen unbedenklich auch die inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsvorgänge, die dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes dienen. Hierfür liegen - insbesondere mit den Artt. 54 Abs. 3 Buchstabe g), 100 und 100a EGV - sicher speziellere Kompetenznormen als Art. 235 EGV vor. Gleichwohl ist die Erforderlichkeit

---

<sup>217</sup> EuGH Slg 1987, 1493, 1520 Nr. 13 = NJW 1987, 3073 - Kommission/Rat.

griffs auf Art. 235 EGV als Rechtsetzungsermächtigung für diese Materien zu bejahen, weil die genannten Kompetenzvorschriften nur eine *Angleichung* ermöglichen. Genuin grenzüberschreitende Sachverhalte wie die hier in Frage stehenden Restrukturierungsvorgänge erfordern aber schon aus Gründen der Rechtsanwendungsökonomie (Vermeidung der kollisionsrechtlichen Statutbestimmung) bzw. mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine identische Regelung durch alle betroffenen Staaten. Dies ist nicht mittels einer Richtlinie, sondern nur durch eine Verordnung möglich. Dabei sollte jedoch - wie bereits hervorgehoben - nicht die im Vorschlag der Richtlinie zur internationalen Fusion weitgehend angewandte Methode der (mittelbaren) Regelung durch Verweisung befolgt werden. Der (aufgegebene) Konventionsentwurf über die internationale Fusion ist das bessere Modell. Er regelt grundsätzlich selbst und verzichtet weitgehend auf Verweisungen.

#### **4.1.2 Vertikale Restrukturierung mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen**

Die Eröffnung von grenzüberschreitenden Restrukturierungsmöglichkeiten in der EG bezweckt die Anpassung der Unternehmensstruktur an den Binnenmarkt. Deshalb liegt die Frage nahe, ob die intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften nicht auch mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen erreicht werden kann und soll: also Restrukturierung intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitend agierender mitgliedstaatlicher Gesellschaften durch Umstrukturierung in eine gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform (vertikal aufsteigende Restrukturierung; Vergemeinschaftung bzw. Europäisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaften). Derzeit besteht diese Möglichkeit mangels geeigneter gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen noch nicht. Als derartiges Restrukturierungsinstrument für bestimmte mitgliedstaatliche Unternehmen, die ihre bisher rein nationale Tätigkeit intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitend ausweiten wollen, ist aber die SE hauptsächlich konzipiert. Jedoch bietet der derzeit vorliegende SE-Vorschlag nicht alle zweckmäßigen Restrukturierungsmöglichkeiten. Die bei der Societas europaea bereits jetzt vorgesehenen Reorganisationsmöglichkeiten sollten daher um die noch fehlenden Restrukturierungsarten ergänzt werden:

- Aufspaltung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft in (mindestens) eine SE;
- Abspaltung einer Unternehmensaktivität von einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft auf eine SE;

- Einbringung von Unternehmensteilen bzw. eines Gesamt-Unternehmens in eine SE;
- Verschmelzung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft durch Aufnahme in eine bereits bestehende SE.

Diese Lösung wäre in dem Maße zu verallgemeinern, in dem weitere Europäische Gesellschaftsformen eingeführt werden. Allen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsformen wären dann sämtliche Restrukturierungsmöglichkeiten (Fusion, Spaltung, Einbringung und Umgründung) in die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen zu eröffnen. Bisher sehen die Vorschläge für die Europäische Genossenschaft, die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein als Restrukturierungsmöglichkeit für (intra-gemeinschaftlich grenzüberschreitend tätige) mitgliedstaatliche Rechtsträger übereinstimmend nur die Umgründung in den korrespondierenden gemeinschaftsrechtlichen Körperschaftstyp vor. Diese lückenhafte Regelung sollte durch alle anderen Restrukturierungsarten komplettiert werden: Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Aufgliederung, Ausgliederung), Umgründung, Gründung einer Holding, Errichtung einer gemeinsamen Tochter, Einbringung von Unternehmen und Unternehmensteilen.

Ob allerdings für alle diese über die SE hinaus vorgeschlagenen weiteren gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen ein Bedarf besteht, ist nicht mit Sicherheit festzustellen. Es dürfte angezeigt sein, zunächst mit der SE Erfahrungen zu sammeln, um dann zu entscheiden, ob - und ggf. welche - weiteren Gesellschaftsformen erforderlich sind.<sup>218</sup> Darüber hinaus kann man die Frage stellen, ob es auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts nicht an einer Gesellschaftsform fehlt, die der GmbH, d.h. der "kleinen Kapitalgesellschaft", entspricht. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Bedürfnis für eine derartige Gesellschaftsform besteht. Wenn etwa ein Klein- oder Mittelunternehmen im grenznahen Bereich niedergelassen ist, kann es ein Interesse daran haben, auch in dem (oder in den) benachbarten Mitgliedstaat(en)<sup>219</sup> tätig zu sein. Die Organisation in einer dort bekannten Gesellschaftsform würde diese grenzüberschreitende intra-gemeinschaftliche wirtschaftliche Tätigkeit mit Sicherheit erleichtern. In Betracht kommen etwa größere Handwerksunternehmen, aber auch freiberufliche Sozietäten (Architekten, Ingenieure usw.). M.E. sollte deshalb ernsthaft über die Einführung einer derartigen gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform nachgedacht werden. Sie könnte als Restrukturierungs-

---

<sup>218</sup> So auch LUTTER (Fn. 182) 447.

<sup>219</sup> Aus Luxemburg z.B. auch in Belgien, Deutschland und Frankreich.

strument ausgestaltet, aber auch zur direkten Gründung zugelassen werden. Ob man - wie bei den bisher vorgesehenen gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen - eine schon bestehende grenzüberschreitende Tätigkeit als Gründungsvoraussetzung festlegen sollte, ist eine rechtspolitische Frage, über deren Beantwortung man unterschiedlicher Auffassung sein kann.

## 4.2 Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaften

Die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen dienen zunächst als Restrukturierungsinstrumente für mitgliedstaatliche Gesellschaften<sup>220</sup> durch Umwandlung in eine der vom Gemeinschaftsgesetzgeber bereits geschaffenen oder geplanten Gesellschaftsformen. Darüber hinaus kann aber auch ein Bedürfnis für die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften bestehen, sich ihrerseits den gewandelten Umweltverhältnissen anzupassen, sei es auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts (gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung: 4.2.1), sei es durch vertikal absteigende Restrukturierung mittels mitgliedstaatlicher Gesellschaftsformen (4.2.2).

### 4.2.1 Gemeinschaftsrechtsinterne Restrukturierung

Wie wir gesehen haben<sup>221</sup>, steht bisher nur die Sitzverlegung *allen* gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften als Instrument für die gemeinschaftsrechtsinterne bzw. intra-gemeinschaftsrechtliche Restrukturierung zur Verfügung. Lediglich die für die SE geplante Regelung kennt darüberhinaus die Verschmelzung (durch Neugründung oder Aufnahme) sowie die *Gründung einer SE als Holding-Gesellschaft* und die *Errichtung einer Tochter* in Gestalt einer SE durch eine SE allein oder zusammen mit anderen SE oder bestimmten mitgliedstaatlichen Gesellschaften als gemeinschaftsrechtliche Anpassungsmöglichkeiten. Sicher ist es nicht erforderlich, sämtlichen gemeinschaftsrechtlichen, existierenden bzw. geplanten Rechtsträgern die gesamte Palette der denkbaren Reorganisationsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Jedoch dürften die bisher vorgesehenen intra-gemeinschaftsrechtlichen Restrukturierungsmöglichkeiten den voraussichtlichen Bedürfnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung tragen. So sind insbesondere für die SE bisher nur Restrukturierungsmöglichkeiten innerhalb des Gesellschaftstyps der SE selbst vorgesehen. Vermutlich ist der Grund für dieses Manko in der Tatsache zu finden, daß es zum

---

<sup>220</sup> Siehe oben 4.1.

<sup>221</sup> Siehe oben 2.2.1.



Zeitpunkt der Einbringung des SE-VO-Vorschlages 1991 - außer der für eine Restrukturierung einer SE nicht in Betracht kommenden EWIV - keine anderen gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen gegeben hatte. Nach diesem Zeitpunkt hat die Kommission jedoch Regelungsvorschläge für die Europäische Genossenschaft, die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein vorgelegt. Dem sollte durch eine entsprechende Erweiterung der Umwandlungsmöglichkeiten der SE Rechnung getragen werden. Aus der Sicht der deutschen Erfahrungen dürfte zumindest für die Umgründung und Verschmelzung sowie für die Spaltung und Einbringung im Verhältnis zur Europäischen Genossenschaft ein Bedürfnis bestehen. Darüber hinaus sollten auch die noch fehlenden Reorganisationsmöglichkeiten der Spaltung und der Einbringung innerhalb des Gesellschaftstyps SE eröffnet werden.

Wie bereits oben dargelegt<sup>222</sup>, kennt der EuGen-VO-Vorschlag nur die Sitzverlegung als Restrukturierungsinstrument. Da zum Zeitpunkt der Einbringung dieses Vorschlages sich der geänderte SE-VO-Vorschlags 1991 bereits seit längerer Zeit im Gesetzgebungsverfahren befand, ist nicht ganz verständlich, weshalb man von Restrukturierungsmöglichkeiten der EuGen im Verhältnis zur SE abgesehen hat. Ein entsprechendes praktisches Bedürfnis dürfte jedenfalls für die Restrukturierung von Europäischen Genossenschaften im Verhältnis zur SE hinsichtlich folgender Formen bestehen: Verschmelzung, Spaltung, Einbringung (eines Unternehmens oder Unternehmensteils) und Umgründung. Ferner wäre an die Errichtung einer Holding- oder gemeinsamen Tochtergesellschaft zu denken. Nicht einsichtig ist auch der Verzicht auf gesellschaftstypinterne (EuGen-interne) Restrukturierungsmöglichkeiten.

Entsprechendes gilt für die EuGges.

Für Idealvereine scheinen prima vista keine Restrukturierungsbedürfnisse zu bestehen. Indessen hat sich jedenfalls in Deutschland gezeigt, daß die tatsächliche Entwicklung von Idealvereinen doch zu einem Umwandlungsbedürfnis führen kann, etwa wenn sich innerhalb eines Sportvereins Profi-Abteilungen bilden. Insoweit wäre es wohl angebracht, mindestens die Möglichkeiten der Verschmelzung und Spaltung im Verhältnis zur SE zuzulassen. Hinsichtlich des Formwechsels dürfte es angezeigt sein, die formwechselnde Umgründung eines EuV in eine SE sowie evtl. in eine EuGen zu ermöglichen.

Weitere Restrukturierungsmöglichkeiten als die hier vorgeschlagenen dürften derzeit nicht

---

<sup>222</sup> Siehe oben 2.2.1.3.

erforderlich sein.

#### **4.2.2 Restrukturierung mittels mitgliedstaatlicher Rechtsträgerformen**

Das Gemeinschaftsrecht kennt weder für die bereits eingeführte EWIV noch für die vorgesehenen weiteren gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen (SE, EuGen, EuGges, EuV) die Möglichkeit der Restrukturierung durch Überführung in eine mitgliedstaatliche Gesellschaftsform ("vertikal absteigende Restrukturierung", "Nationalisierung", "Ent-Europäisierung", "Ent-Gemeinschaftung"), sieht man von der Verschmelzung einer SE mit einer mitgliedstaatlichen Aktiengesellschaft ab (Art. 132 SE-VO-Vorschlag 1991). Ein Bedürfnis für eine derartige Umwandlung "aus dem Gemeinschaftsrecht" in ein mitgliedstaatliches Recht dürfte zwar nicht sehr häufig sein. Jedoch erscheint es z.B. durchaus zweckmäßig, einer SE, deren Geschäftstätigkeit sich im Laufe der Zeit auf einen Mitgliedstaat konzentriert hat, die Möglichkeit zur Umwandlung in eine mitgliedstaatliche Gesellschaftsform zu geben, sei es in Gestalt der formwahrenden oder formwechselnden Umgründung (insbesondere in eine AG), sei es in Form einer Verschmelzung, (Auf-) Spaltung oder Einbringung eines Unternehmens oder Unternehmensteils.

### **5. ZUSAMMENFASSUNG**

#### **5.1 Rechtsträger-Mobilität**

Die grenzüberschreitende Restrukturierung von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt betrifft die Umwandlung im Sinne von Restrukturierung oder Reorganisation von Gesellschaften (Rechtsträgern) in intra-gemeinschaftlich Rechtsgrenzen überschreitenden Fällen. Es geht im Kern um die Frage, inwieweit es den Unternehmen derzeit möglich ist bzw. in Zukunft ermöglicht werden muß, ihre rechtliche Struktur dem gemeinschaftsweiten Binnenmarkt anzupassen.

Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in der EG hat zwei Dimensionen: zum einen den Wechsel der anwendbaren Rechtsordnung - hier Gesellschaftsstatut-Mobilität oder kürzer Statut-Mobilität genannt -; zum anderen die Mobilität in bezug auf den Wechsel der Organisationsform (Gesellschaftsform) - hier als Organisationsform-Mobilität bzw. (Gesellschafts-) Form-Mobilität bezeichnet. Beide Mobilitätsformen können auch kombiniert vorkommen, wenn zugleich Statut und Gesellschaftsform gewechselt werden.

Hinsichtlich der *Statut-Mobilität* sind mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden:

- die inter-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität
- die mitgliedstaatlich-gemeinschaftsrechtliche Statut-Mobilität
- und - umgekehrt - die gemeinschaftsrechtlich-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität.

Die inter-mitgliedstaatliche Statut-Mobilität betrifft die Wanderung einer mitgliedstaatlichen Gesellschaft i.S. der Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen (*horizontale Statutmobilität*). Im Falle der mitgliedstaatlich-gemeinschaftsrechtlichen Statut-Mobilität verläßt eine Gesellschaft ihr Mitgliedstaats-Statut, um sich dem Gemeinschaftsrecht zu unterstellen oder umgekehrt (*vertikale Statut-Mobilität aufsteigender oder absteigender Art*).

Die *Organisationsform-Mobilität* umfaßt die Umwandlung i.e.S. (Umgründung), die Fusion, die Spaltung und die Einbringung. Die Form-Mobilität kann mit allen Fällen der Statut-Mobilität kombiniert sein. Die mit einem Gesellschaftsformwechsel verbundene Statut-Mobilität kann man als formwechselnde oder qualifizierte (horizontale/vertikale) Statut-Mobilität bezeichnen.

## 5.2 Bestandsaufnahme

Die so beschriebenen Typen der Rechtsgrenzen überschreitenden Restrukturierungsmöglichkeiten von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt sind derzeit alles andere als befriedigend geregelt.

Für die inter-mitgliedstaatliche (horizontale) Statut-Mobilität mitgliedstaatlicher Unternehmensträger gibt es auf der Ebene der Mitgliedstaaten gegenwärtig kaum kollisionsrechtliche oder sachrechtliche gesetzliche Vorschriften - und zwar weder für die einfache (bloße Sitzverlegung) noch für die qualifizierte (gesellschaftsform-wechselnde) horizontale Statut-Mobilität. Das autonome gesetzliche Unternehmens-Restrukturierungsrecht der EG-Mitgliedstaaten beschränkt sich mit wenigen Ausnahmen auf rein interne Vorgänge. Aus diesem Grunde sind die transnationale Sitzverlegung aber auch die Restrukturierungsvorgänge der Rechtsgrenzen überschreitenden Fusion, Spaltung oder Einbringung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Gesetze kaum realisierbar. Die mitgliedstaatliche Rechtsprechung kann hier keine Abhilfe schaffen.

---

Auch das Gemeinschaftsrecht kennt derzeit noch keinerlei spezielle Vorschriften für die (einfache oder gesellschaftsform-wechselnde) horizontale Mobilität von mitgliedstaatlichen Unternehmensträgern. Nach dem Scheitern des (Brüsseler) Übereinkommens v. 29.2.1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen und des Konventionsentwurfs über die sog. internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften befindet sich derzeit lediglich der Vorschlag einer Richtlinie für die "internationale" - besser: inter-mitgliedstaatliche - Fusion im Gesetzgebungsverfahren. Für die übrigen inter-mitgliedstaatlichen Restrukturierungsfälle (Umgründung, Spaltung, Einbringung, Sitzverlegung) existieren nicht einmal Regelungsentwürfe der Kommission, obwohl Art. 220 Unterabs. 3 EGV die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Aufnahme von Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses von Konventionen (sog. begleitendes Gemeinschaftsrecht) u.a. über die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei inter-mitgliedstaatlicher Verlegung des Sitzes begründet. Auch aus dem EGV selbst, insbes. aus den Artt. 52, 58 EGV, können keine entsprechenden Regeln abgeleitet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH gewähren die erwähnten Vorschriften den mitgliedstaatlichen Gesellschaften insbesondere kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

Für die Restrukturierung mitgliedstaatlicher Gesellschaften mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen (aufsteigende vertikale Statut-Mobilität) steht bisher nur die EWIV zur Verfügung. Sie stellt aber lediglich ein gemeinschaftsrechtliches Instrument für die EG-interne, Rechtsgrenzen überschreitende Kooperation und kein eigentliches Reorganisationsmittel für den Status von Gesellschaften dar. An gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen und damit Re-Organisationsformen für mitgliedstaatliche Gesellschaften liegen auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts bisher nur Verordnungs-Vorschläge vor (SE, EuGen, EuGges, EuV). In diesen Vorschlägen ist die aufsteigende vertikale Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Gesellschaften in gemeinschaftsrechtliche Organisationsformen - abgesehen von der mitgliedstaatlichen AG - nur sehr lückenhaft geregelt. Zu einem wichtigen Reorganisationsinstrument kann insbesondere die SE werden. Die 1992 vorgelegten und 1993 geänderten Verordnungs-Vorschläge für die Europäische Genossenschaft, die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft und den Europäischen Verein sehen hingegen übereinstimmend für die mitgliedstaatlichen Zusammenschlußformen als Restrukturierungsmöglichkeit lediglich die Umgründung in den korrespondierenden gemeinschaftsrechtlichen Körperschaftstyp vor, sofern die umgründungswilligen mitgliedstaatlichen Personenverbände in mehr als einem Mitgliedstaat tätig sind.

Die gemeinschaftsrechtsinterne Reorganisation (Umwandlung einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform in eine andere gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform) ist für die SE nur lückenhaft - es fehlen Umgründung und Spaltung -, für die EWIV und die übrigen vorgesehenen Körperschaftsformen überhaupt nicht geregelt, wenn man von der inter-mitgliedstaatlichen Sitzverlegung absieht.

Die (vertikal-absteigende) Reorganisation einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaft in einen mitgliedstaatlichen Rechtsträger kennen weder die EWIV noch die bisher vorliegenden Vorschläge für gemeinschaftsrechtliche Gesellschaften.

### **5.3 Optimale Rechtsträger-Mobilität als Ziel**

Das Ziel einer Regelung der Restrukturierung von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt muß die optimale Gesellschafts-Mobilität überall dort sein, wo sich ein praktisches Bedürfnis für eine entsprechende Anpassung der Unternehmensträger-Struktur zeigt: mitgliedstaatsinterne Restrukturierung, (einfache und gesellschaftsformwandelnde horizontale) inter-mitgliedstaatliche Reorganisation, vertikal-aufsteigende Restrukturierung einer mitgliedstaatlichen Körperschaft mittels einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform, intra-gemeinschaftsrechtliche Reorganisation der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften und endlich vertikal-absteigende Umwandlung von gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen in einen mitgliedstaatlichen Gesellschaftstyp. Die in der EG anzustrebende Ideallösung besteht in einer bedürfnisbezogenen umfassenden vertikalen und horizontalen Restrukturierungsfreiheit für alle mitgliedstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensträger (Unternehmensträger-Mobilität i.S. der Statut- und Form-Mobilität).

### **5.4 Wege zur Rechtsträger-Mobilität**

Diese Unternehmensträger-Mobilität kann nicht mittels einseitig-unkoordinierter mitgliedstaatlicher Regelungen - welcher Art auch immer (Kollisionsnormen, Sachnormen für mitgliedstaatlich-nationale oder trans-mitgliedstaatlich Sachverhalte) erreicht werden, weil die zu regelnde grenzüberschreitende Gesellschaftsmobilität als genuin transnationaler Sachverhalt immer mindestens zwei Rechtsordnungen in erheblicher Weise berührt. Zur Lösung dieser Problematik bedarf es daher der Koordination sowohl der einschlägigen Normen als auch der staatlichen Organe der betroffenen Rechtsordnungen: Notwendig ist eine integrierte gemeinsame Regelung. Wir benötigen *facilitating or enabling rules* im Sinne

---

des amerikanischen Gesellschaftsrechtsdenkens.<sup>223</sup> Dabei erweist sich die Koordinierung mit Hilfe einheitlichen Kollisionsrechts (Verweisung auf mitgliedstaatliches Sachrecht) für die grenzüberschreitende Gesellschaftsmobilität als einen genuin transnationalen Sachverhalt schon deshalb als unzureichend, weil es in den mitgliedstaatlichen Rechten regelmäßig an den erforderlichen sachrechtlichen Sondervorschriften für die grenzüberschreitende inter-mitgliedstaatliche Gesellschaftsrestrukturierung fehlt.

Die Problematik der inter-mitgliedstaatlichen (horizontalen) Mobilität kann nur durch besondere, gemeinschaftsweit einheitliche Sachnormen gelöst werden. Dies gilt umsomehr für die übrigen Typen der Gesellschafts-Mobilität: für die (vertikal aufsteigende) Restrukturierung von mitgliedstaatlichen Unternehmensträgern mittels gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen, für die intra-gemeinschaftsrechtliche Reorganisation und für die (vertikal absteigende) Restrukturierung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaften mittels mitgliedstaatlicher Gesellschaftsformen.

Die Umwandlungsvorgänge wird man wohl zweckmäßigerweise unternehmensträgerspezifisch bzw. gesellschaftsformspezifisch (mitgliedstaatliche/gemeinschaftsrechtliche Unternehmensträgertypen) zu regeln und innerhalb dieser Kategorien nach horizontalen und vertikalen Restrukturierungsfällen zu unterscheiden haben. Rechtstechnisch bietet sich eine Parallelregelung zu der Fusions-Steuerrichtlinie für die grenzüberschreitende Umwandlung an (Fusion, Spaltung, Einbringung). Die Regelung sollte grundsätzlich nicht die im Richtlinienvorschlag zur internationalen Fusion befolgte rechtstechnische Methode der Verweisung anwenden, sondern - wie der aufgegebene Konventionsentwurf über die internationale Fusion - grundsätzlich direkte materiellrechtliche Normen enthalten. Als geeignetestes Regelungsinstrument erscheint die EG-Verordnung, weil sie die für die Ordnung genuin inter-mitgliedstaatlicher Sachverhalte wesentliche Einheitlichkeit herstellen und - mit Rücksicht auf die Auslegungskompetenz des EuGH - auch auf Dauer bewahren kann.

Die Verwirklichung des Binnenmarktes setzt die erforderliche EG-weite vertikale und horizontale Form- und Statut-Mobilität der mitgliedstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaften (Rechtsträger) voraus. Nur so können für die EG-weit tätigen Unternehmensträger gesellschaftsrechtlich binnenmarktähnliche Verhältnisse hergestellt werden. Wirtschaftsraum und Organisationsrechtsraum sind zur Deckung zu bringen. Bisher sind - in der Fusions-Steuerrichtlinie - lediglich die steuerrechtlichen Voraussetzungen für die

---

<sup>223</sup> Vgl. HOPT, Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZGR 1992, 266, 292.

Rechtsgrenzen überschreitende Restrukturierung von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt - im wesentlichen - geschaffen. Die entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelung ist erforderlich, um die schon bestehenden steuerrechtlichen Regeln operabel zu machen. Freilich bedarf die gesellschafts- und steuerrechtliche Regelung der grenzüberschreitenden Unternehmensträgermobilität der mitbestimmungsrechtlichen Ergänzung.<sup>224</sup>

---

<sup>224</sup> Vgl. einstweilen die Entwürfe für ein Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz BT-Drs. 12/3280 und 4532 (in Ausführung von Art. 11 Abs. 1 lit. b) der Fusions-Steuerrichtlinie (Fn. 5).

---